Die Beweislast bei positiver Forderungsverletzung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hellmut Meißner
Gerichtsassessor im Bezirk des Oberlandesgerichts
in Hamm i. Westf.

1938

Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0055

Gliederung:

Seite

A. Einleitung.

§ 1: Einführung in die Beweislastlehre 1

I. Beweislast und Prozeßbeschleunigung . . 1

II. Klarstellung des Begriffes „Beweislast", Rechtsnatur des Beweislastproblems . . 4

III. Skizzierung der Hauptbeweislastprobleme . 9

IV. Bedeutung der Beweislast im Prozeßverfahren 18

V. Methode bei der Erörterung und Behandlung von Beweislastfragen 23

§ 2: Aufgabe und Ziel der Arbeit: 25
Beweislastverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner bei Geltendmachung von Rechtsfolgen irgendwelcher Art aus einer positiven Forderungsverletzung in Ansehung der einzelnen eine positive Forderungsverletzung begründenden Tatumstände, insbesondere in Ansehung des Tatbestandsmerkmales „Verschulden".

B. Hauptteil.

§ 3: Begriff der positiven Forderungsverletzung . . 34

I. Enthält der § 276 Abs. I Satz 1 BGB. nur eine den Umfang der Haftung bestimmende „Gebotserläuterung" oder ist er selbst Haftungsgrundlage („generelle Haftungsnorm")? . . 34

II. Klarstellung des Begriffes und Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von anderen Erfüllungsverstößen. Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten keine positiven Forderungsverletzungen . . . 40

III. Der Name „positive Forderungsverletzung" . 52

IV. Begründung der Haftung wegen positiver Forderungsverletzung 54

Seite

V. Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung 61
VI. Rechtsnatur der Haftung aus positiver Forderungsverletzung und Eingliederung in das System der Haftung 63

§ 4: Die Beweislast hinsichtlich des äußeren Tatbestandes einer positiven Forderungsverletzung 67
I. Die Beweislast hinsichtlich der den Schaden verursachenden Handlung bezw. Unterlassung 67
II. Die Beweislast hinsichtlich des Schadenseintrittes und der Verursachung . . . 75
III. Die Beweislast hinsichtlich der Höhe des Schadens 81
IV. Die Beweislast hinsichtlich der objektiven Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung . 85
V. Die Beweislast hinsichtlich besonderer Voraussetzungen des äußeren Tatbestandes . . 88
VI. Das Wesen des Prima-facie-Beweises und seine Bedeutung beim Nachweise des äußeren Tatbestandes einer positiven Forderungsverletzung 90

§ 5: Die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung (Hauptstreitfrage) 101
I. Die ratio für die ausdrückliche Beweislastnorm des § 282 BGB. und für die beim Verzuge (§ 285 BGB.) durch die Fassung zum Ausdruck gebrachte Beweislastverteilung, wonach bei Unmöglichkeit und Verzug der Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trägt 101
II. Folgerungen, die sich aus der ratio der in den §§ 282, 285 BGB. festgelegten Beweislastverteilung für den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung ergeben 117
III. Die Undurchführbarkeit der Ansicht, welche dem Gläubiger die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens des Schuldners auferlegt, im Falle der Konkurrenz zwischen positiver Forderungsverletzung und Nichterfüllung . 124

IV. Die Hauptstreitfrage bei durch Erfüllungsgehilfen vorgenommenen positiven Forderungsverletzungen 127
V. Rechtfertigung der analogen Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung aus speziellen Haftungsbestimmungen des Schuldrechts. Die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes der Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld bei objektiv rechtswidriger Verletzung bestehender Schuldverbindlichkeiten 130
VI. Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe für die analoge Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung . . . 146
§ 6: Die Stellungnahme der Wissenschaft und Rechtsprechung zu der Hauptstreitfrage . . . 152
I. Die Stellungnahme der Wissenschaft . . 152
II. Die Stellungnahme der Rechtsprechung . . 176
§ 7: Prima-facie-Beweis und Hauptstreitfrage. Schwierigkeiten in der Beweisführung . . . 214
§ 8: Die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung und die Art ihrer Geltendmachung in ihrer Bedeutung für die Beweislastfrage. Beweislast bei positiver Forderungsverletzung im gegenseitigen Vertrag . 221
§ 9: Die Beweislast in Ansehung der Zurechnungsfähigkeit 232

C. Schlußteil.
§ 10: Ergebnis der Untersuchung und rechtspolitische Betrachtung 236

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare:

1.) zum BGB.:

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 14. Auflage, München 1932.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2 Bände, 5. Auflage, 1931.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB., 3. Auflage, 1928.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928, 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 1. und 2. Hälfte „Recht der Schuldverhältnisse", bearbeitet zu 1 von Siber und zu 2 von Knoke, Berlin 1914 ff., (II. Hälfte 1928).

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Auflage, Berlin 1934.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1 (Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil) bearbeitet von Werner, München, Berlin, Leipzig 1930; II, 3 bearbeitet von Kober, Engelmann, Geiler, — 1929 — (9. Auflage).

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage, 1. Band, Tübingen 1930.

2.) zum HGB.:

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Koenige-Pinner-Bondi. — 14. Auflage —.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II und III, — 2. und 3. Auflage —.

3.) zur ZPO.:

Baumbach: Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar, 11. Auflage, München und Berlin 1935.

Förster-Kann: Zivilprozeßordnung, 3. Auflage, 1913/26.

Gaupp-Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung, 15. Auflage, 1934, I. u. II. Band.

Seuffert-Walsmann: Zivilprozeßordnung, 12. Auflage.

Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung, 20. Auflage.

II. Lehrbücher:

1.) zum BGB.:

Cosack und Mitteis: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1924, 7. und 8. Auflage.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Band. 1902—1912.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. — II. Band (Schuldverhältnisses) — 8. und 9. Auflage.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band, Schuldrecht, 23.—27. Auflage, bearbeitet von Lehmann, Marburg 1932.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band, 2. Auflage, Berlin 1903.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübigen 1929.
Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil, Berlin 1926, Schuldrecht, Rostock 1934.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1904—1915 (Berlin).
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB., München—Leipzig 1929, Besonderes Schuldrecht des BGB., München—Leipzig 1931.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse, I. Hälfte, Allgemeiner Teil (1900).
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, München und Leipzig 1910, Band II, 1, München und Leipzig 1914, Band II, 2, München und Leipzig 1918.
Zitelmann: Das Recht des BGB., Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

2.) zum HGB.:

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 10. und 11. Auflage, Stuttgart 1923.
Pappenheim: Handbuch des Seerechts, III. Band, München und Leipzig 1918.

3.) zur ZPO.:

Hellwig: System des Zivilprozeßrechts, Band I, 1912, Band II, 1919, beendet von Oertmann.
Oertmann: Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. und 3. Auflage, Leipzig 1927.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Berlin 1929.

Spezial-Literatur:

Bacharach: Die Beweislast des Arztes. JW. 1915, S. 818.
Baur: Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechtes. Berlin 1935.
Beckh: Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899.
Bendix: Drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrecht, (Berlin) in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, Band 28, Seite 112 ff.
B. Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß mit besonderer Rücksicht auf das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1910, 3. Auflage.
von Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Begründung. Jherings Jahrbücher: Bd. 55, S. 209 ff.
Brecht: System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzung und Verzug). Jherings Jahrbücher: Bd. 53, Seite 213 ff.
— Die einfache und die wiederholte positive Vertragsverletzung. Jherings Jahrbücher: Bd. 54, Seite 83 ff.
Brodmann: Zur Lehre von der Beweislast. Archiv für zivilistische Praxis Band 98, Seite 66 ff.

— Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Jherings Jahrbücher: Bd. 58, Seite 187 ff.

Brunswig: Die vertragliche Haftung des Ratgebers. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 56, Seite 77 ff.

Burckhardt: Die zivilistischen Präsumtionen, 1866.

Dernburg: Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. Deutsche Juristenzeitung 1903, Seite 1 ff.

— Pandekten, II. Band, 5. Auflage, Berlin 1897.

Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt. Bonn 1934.

Doerr: Zur Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Recht 1908, Seite 207.

— Vereitelung und Beeinträchtigung von Forderungsrechten. Recht 1913, Seite 453.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruchot's Beiträge: Band 43, Seite 305 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1898, Lieferung I, 2. Auflage.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889. (Rechtsgeschäft.)

Fischer: Norm und Normwidrigkeit in der Beweislast. Recht 1909, Seite 101 f.

— Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1905. (Abgedruckt in Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht, Band 12, Heft 3.)

Fischer, (Otto): Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. München 1912 (2. Beitrag 1913).

Fitting: Die Grundlagen der Beweislast. Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 13, Seite 1 ff.

Förtsch: Ist ein dem § 284 BGB. entsprechender Verzug des Schuldners notwendige Voraussetzung für den Anspruch des Gläubigers wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung? Recht 1908, Seite 681 ff.

Freitag: Schlechterfüllung und Schlechterbringung. (Zur Systematik der „positiven Vertragsverletzung"). Abgedruckt in Gruch. Beiträgen, Band 63, Seite 416 ff.

Fritz: Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts. Freiburg 1931, (Dissertation).

Goldscheider: Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen. Gruchot's Beiträge, Band 60, Seite 369 ff.

Goldschmidt: Materielles Justizrecht. Berlin 1905, (Festgabe für Brunner).

Haag: Darf der Richter im Zivilprozeß Beweise ohne Rücksicht auf die Beweislast erheben? Deutsche Richterzeitung 1933, Seite 1555.

Haberland: Ärztliche Kunstfehler. Juristische Wochenschrift 1932, Seite 3308.

Haymann (Franz): Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Vortrag gehalten am 24. II. 1913 in der juristischen Gesellschaft in Frankfurt a./M. — Berlin 1913. —

Heck: Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB. Archiv für zivilistische Praxis, Band 137, Seite 259 ff

Hedemann: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. Jena 1904.

Heinsheimer: Der Prima-facie-Beweis und die Beweislast bei Schadensersatzansprüchen. Abgedruckt in Rheinischer Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes, 13. Jahrgang, — 1924. —

Hellbach: Mängel der verkauften Sache. Recht 1905, Seite 6 ff.

Hellmann: Die Beweislast des Mieters nach §§ 547, 548 BGB. an einem Rechtsfall erläutert, zugleich ein Beitrag zur Raschheit des Bagatellprozesses. Recht 1914, Seite 340.

Himmelschein: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 135, Seite 255 ff.

Höfer: Der Prima-facie-Beweis in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Berlin 1926.

Hölder: Zum allgemeinen Teil des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 73, Seite 1 ff.

Jacobi: § 278 BGB. bei Verpflichtungen zum Unterlassen. Deutsche Juristen-Zeitung 1930, Seite 407.

Jackisch: Positive Vertragsverletzung, Vertretungspflicht und Interessenanspruch im heutigen bürgerlichen Recht. Gruchot's Beiträge, Band 63, Seite 416 ff.

Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Auflage (1891).

Kiehl: Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kauf einer bestimmten Sache. Gruchot's Beiträge, Band 60, Seite 609 ff.

Kipp: Das Rücktrittsrecht und die positiven Vertragsverletzungen. Deutsche Juristen-Zeitung 1903, Seite 253 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band VII, Heft 2.

— Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

— Besprechung von Rosenberg's Buch „Die Beweislast". Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 30, Seite 532 ff. (und Grünhut's Zeitschrift, Band 28, Seite 262).

Kiß: Zur Frage der sog. positiven Vertragsverletzungen. Archiv für bürgerliches Recht, Band 31, Seite 175 ff.

Klaholt: Kann die Klage auf eventuelle Interesseleistung mit der Klage auf Erfüllung verbunden werden? Gruchot's Beiträge, Band 58, Seite 778 ff.

Korsch: Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis, — Bonn 1911 —.

Kreß: Zur Lehre von der Beweislast im Bürgerlichen Gesetzbuche. — Würzburg 1899 —, (Dissertation).

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. Archiv für zivilistische Praxis, Band 101, Seite 1 ff.

— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. 2. Beitrag, Jherings Jahrbücher, Band 59, Seite 233 ff.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, Breslau 1934.

Lehmann: Die positiven Vertragsverletzungen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 96, Seite 60 ff.

— Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band XV, Heft 1.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. I. Band: Leipzig 1912, II. Band: Leipzig 1916.

Leonhard: Die Beweislast. (2. Auflage) 1926.

— Verschulden beim Vertragsschluß, — 1910 —.

Lesser: Rücktritt bei positiver Vertragsverletzung. Breslau 1906.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB., Berlin 1898.

Litten: Besprechung von Stölzel's „Schulung für die zivilistische Praxis" Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 45, Seite 290 ff.

Locher: Der Prima-facie Beweis in Arztprozessen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 133, Beilageheft Seite 245.

Lux: Schulung für die juristische Praxis. 3. Auflage, Berlin und München 1932—1936.

Martinius: Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. Berlin 1902.

Meyerowitz: Grundlegende Fragen der Beweislast in Literatur und Rechtsprechung seit 1900. Juristische Wochenschrift 1913, Seite 236 ff.

Mittelstein: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Berlin 1909, 2. Auflage.

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Band I, (1885).

Mühsam-Werther: Beweislast im Anwaltsregreßprozeß. Juristische Wochenschrift 1925, Seite 1362.

Müller (E.): Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht. — Kann dieser Schadensersatzanspruch neben Wandlung noch gefordert werden? Recht 1902, Seite 541 ff. u. Seite 576 ff.

Müller-Erzbach: Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. Deutsche Juristenzeitung 1904, Seite 1158.

Oertmann: Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Recht 1908, Seite 345 ff.

Rabel: Der Prima-facie-Beweis als Beweislastregel. Rheinische Zeitschrift, Jahrgang 12, Seite 428 ff.

Reinhold: Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die Reichszivilprozeßordnung und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Berlin 1888 —.

Remelé: Bemerkungen zur Frage der positiven Vertragsverletzungen. Recht 1912, Seite 569 f.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. — Jena 1900 —.

Rogowski: Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweis-

last für die Zuwiderhandlung? Archiv für zivilistische Praxis, Band 104, Seite 303 ff.

Römer: Das Recht desjenigen Contrahenten, welcher einen zweiseitigen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des anderen Contrahenten. Zeitschrift für Handelsrecht, Band 19, Seite 123 ff.

Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung. — Berlin 1923 —, 2. Auflage.

Rosenthal: Der Prima-facie-Beweis, Reichsgericht und Instanzgerichte. Deutsche Juristenzeitung 1920, Seite 880.

— Zum Stande der Beweislastfrage. Juristische Wochenschrift 1908, Seite 257 und Seite 647.

Rundnagel: Beförderungsgeschäfte. Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechtes, V. Band, II. Abteilung, 7. Kapitel.

Sändig: Beweis durch Parteivernehmung. — Leipzig 1934 —.

Salinger: Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Leipziger Zeitschrift 1916, Seite 295.

Schneider: Zusicherung beim Kauf. Recht 1903, Seite 522, 523.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach BGB. Gruchot's Beiträge, Band 46, Seite 1 ff.

Schreuer: Deutsches Privatrecht (1921).

Schröer: Erfüllungsgehilfe und positive Vertragsverletzung. Deutsche Richter-Zeitung, Band 27, Seite 100 ff.

Schultze: Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes, insbesondere aus § 276 BGB. dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Archiv für bürgerliches Recht, Band 30, Seite 143 ff. (Nachtrag Band 31, Seite 225).

Schultzenstein: § 617 BGB. Archiv für bürgerliches Recht, Band 23, Seite 300 ff.

Schulze zur Wiesch: Die Haftung der Schank- und Gastwirte. Hamburg 1931.

Seuffert: Kritik von Leonhard's Buch „Die Beweislast" in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 35, Seite 104 ff.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung im Reichsrecht. Jherings Jahrbücher, Band 50, Seite 55 ff. (180 f.).

Smid: Der Prima-facie-Beweis, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen. — Berlin 1925 —.

Staub: Die positiven Vertragsverletzungen. — Berlin 1913 — 2. Auflage, herausgegeben und bearbeitet von Eberhard Müller.

Stein: Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beim Prozesse. — Leipzig 1893. —

— Die Bindung des Tatrichters nach § 565 Abs. II ZPO. Juristische Wochenschrift 1922, Seite 1489 ff.

Steinberg: Die Haftung für culpa in contrahendo. — Bonn 1930. —

Stoll: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung (Betrach-

— Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. Jherings Jahrbücher: Bd. 58, Seite 187 ff.

Brunswig: Die vertragliche Haftung des Ratgebers. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 56, Seite 77 ff.

Burckhardt: Die zivilistischen Präsumtionen, 1866.

Dernburg: Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. Deutsche Juristenzeitung 1903, Seite 1 ff.

— Pandekten, II. Band, 5. Auflage, Berlin 1897.

Dietz: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt. Bonn 1934.

Doerr: Zur Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Recht 1908, Seite 207.

— Vereitelung und Beeinträchtigung von Forderungsrechten. Recht 1913, Seite 453.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruchot's Beiträge: Band 43, Seite 305 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1898, Lieferung I, 2. Auflage.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889. (Rechtsgeschäft.)

Fischer: Norm und Normwidrigkeit in der Beweislast. Recht 1909, Seite 101 f.

— Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1905. (Abgedruckt in Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht, Band 12, Heft 3.)

Fischer, (Otto): Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. München 1912 (2. Beitrag 1913).

Fitting: Die Grundlagen der Beweislast. Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 13, Seite 1 ff.

Förtsch: Ist ein dem § 284 BGB. entsprechender Verzug des Schuldners notwendige Voraussetzung für den Anspruch des Gläubigers wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung? Recht 1908, Seite 681 ff.

Freitag: Schlechterfüllung und Schlechterbringung. (Zur Systematik der „positiven Vertragsverletzung"). Abgedruckt in Gruch. Beiträgen, Band 63, Seite 416 ff.

Fritz: Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts. Freiburg 1931, (Dissertation).

Goldscheider: Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen. Gruchot's Beiträge, Band 60, Seite 369 ff.

Goldschmidt: Materielles Justizrecht. Berlin 1905, (Festgabe für Brunner).

Haag: Darf der Richter im Zivilprozeß Beweise ohne Rücksicht auf die Beweislast erheben? Deutsche Richterzeitung 1933, Seite 1555.

Haberland: Ärztliche Kunstfehler. Juristische Wochenschrift 1932, Seite 3308.

Haymann (Franz): Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Vortrag gehalten am 24. II. 1913 in der juristischen Gesellschaft in Frankfurt a./M. — Berlin 1913. —

Heck: Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB. Archiv für zivilistische Praxis, Band 137, Seite 259 ff

Hedemann: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. Jena 1904.

Heinsheimer: Der Prima-facie-Beweis und die Beweislast bei Schadensersatzansprüchen. Abgedruckt in Rheinischer Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes, 13. Jahrgang, — 1924. —

Hellbach: Mängel der verkauften Sache. Recht 1905, Seite 6 ff.

Hellmann: Die Beweislast des Mieters nach §§ 547, 548 BGB. an einem Rechtsfall erläutert, zugleich ein Beitrag zur Raschheit des Bagatellprozesses. Recht 1914, Seite 340.

Himmelschein: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 135, Seite 255 ff.

Höfer: Der Prima-facie-Beweis in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Berlin 1926.

Hölder: Zum allgemeinen Teil des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 73, Seite 1 ff.

Jacobi: § 278 BGB. bei Verpflichtungen zum Unterlassen. Deutsche Juristen-Zeitung 1930, Seite 407.

Jackisch: Positive Vertragsverletzung, Vertretungspflicht und Interessenanspruch im heutigen bürgerlichen Recht. Gruchot's Beiträge, Band 63, Seite 416 ff.

Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Auflage (1891).

Kiehl: Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kauf einer bestimmten Sache. Gruchot's Beiträge, Band 60, Seite 609 ff.

Kipp: Das Rücktrittsrecht und die positiven Vertragsverletzungen. Deutsche Juristen-Zeitung 1903, Seite 253 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band VII, Heft 2.

— Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

— Besprechung von Rosenberg's Buch „Die Beweislast". Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 30, Seite 532 ff. (und Grünhut's Zeitschrift, Band 28, Seite 262).

Kiß: Zur Frage der sog. positiven Vertragsverletzungen. Archiv für bürgerliches Recht, Band 31, Seite 175 ff.

Klaholt: Kann die Klage auf eventuelle Interesseleistung mit der Klage auf Erfüllung verbunden werden? Gruchot's Beiträge, Band 58, Seite 778 ff.

Korsch: Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis. — Bonn 1911 —.

Kreß: Zur Lehre von der Beweislast im Bürgerlichen Gesetzbuche. — Würzburg 1899 —, (Dissertation).

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. Archiv für zivilistische Praxis, Band 101, Seite 1 ff.

— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. 2. Beitrag, Jherings Jahrbücher, Band 59, Seite 233 ff.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, Breslau 1934.

Lehmann: Die positiven Vertragsverletzungen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 96, Seite 60 ff.

Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band XV, Heft 1.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. I. Band: Leipzig 1912, II. Band: Leipzig 1916.

Leonhard: Die Beweislast. (2. Auflage) 1926.

— Verschulden beim Vertragsschluß, — 1910 —.

Lesser: Rücktritt bei positiver Vertragsverletzung. Breslau 1906.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB., Berlin 1898.

Litten: Besprechung von Stölzel's „Schulung für die zivilistische Praxis" Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 45, Seite 290 ff.

Locher: Der Prima-facie-Beweis in Arztprozessen. Archiv für zivilistische Praxis, Band 133, Beilageheft Seite 245.

Lux: Schulung für die juristische Praxis. 3. Auflage, Berlin und München 1932—1936.

Martinius: Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. Berlin 1902.

Meyerowitz: Grundlegende Fragen der Beweislast in Literatur und Rechtsprechung seit 1900. Juristische Wochenschrift 1913, Seite 236 ff.

Mittelstein: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Berlin 1909, 2. Auflage.

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Band I, (1885).

Mühsam-Werther: Beweislast im Anwaltsregreßprozeß. Juristische Wochenschrift 1925, Seite 1362.

Müller (E.): Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht. — Kann dieser Schadensersatzanspruch neben Wandlung noch gefordert werden? Recht 1902, Seite 541 ff. u. Seite 576 ff.

Müller-Erzbach: Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. Deutsche Juristenzeitung 1904, Seite 1158.

Oertmann: Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Recht 1908, Seite 345 ff.

Rabel: Der Prima-facie-Beweis als Beweislastregel. Rheinische Zeitschrift, Jahrgang 12, Seite 428 ff.

Reinhold: Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die Reichszivilprozeßordnung und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. — Berlin 1888 —.

Remelé: Bemerkungen zur Frage der positiven Vertragsverletzungen. Recht 1912, Seite 569 f.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. — Jena 1900 —.

Rogowski: Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweis-

last für die Zuwiderhandlung? Archiv für zivilistische Praxis, Band 104, Seite 303 ff.

Römer: Das Recht desjenigen Contrahenten, welcher einen zweiseitigen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des anderen Contrahenten. Zeitschrift für Handelsrecht, Band 19, Seite 123 ff.

Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung. — Berlin 1923 —, 2. Auflage.

Rosenthal: Der Prima-facie-Beweis, Reichsgericht und Instanzgerichte. Deutsche Juristenzeitung 1920, Seite 880.

— Zum Stande der Beweislastfrage. Juristische Wochenschrift 1908, Seite 257 und Seite 647.

Rundnagel: Beförderungsgeschäfte. Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechtes, V. Band, II. Abteilung, 7. Kapitel.

Sändig: Beweis durch Parteivernehmung. — Leipzig 1934 —.

Salinger: Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Leipziger Zeitschrift 1916, Seite 295.

Schneider: Zusicherung beim Kauf. Recht 1903, Seite 522, 523.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach BGB. Gruchot's Beiträge, Band 46, Seite 1 ff.

Schreuer: Deutsches Privatrecht (1921).

Schröer: Erfüllungsgehilfe und positive Vertragsverletzung. Deutsche Richter-Zeitung, Band 27, Seite 100 ff.

Schultze: Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes, insbesondere aus § 276 BGB. dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Archiv für bürgerliches Recht, Band 30, Seite 143 ff. (Nachtrag Band 31, Seite 225).

Schultzenstein: § 617 BGB. Archiv für bürgerliches Recht, Band 23, Seite 300 ff.

Schulze zur Wiesch: Die Haftung der Schank- und Gastwirte. Hamburg 1931.

Seuffert: Kritik von Leonhard's Buch „Die Beweislast" in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 35, Seite 104 ff.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung im Reichsrecht. Jherings Jahrbücher, Band 50, Seite 55 ff. (180 f.).

Smid: Der Prima-facie-Beweis, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen. — Berlin 1925 —.

Staub: Die positiven Vertragsverletzungen. — Berlin 1913 — 2. Auflage, herausgegeben und bearbeitet von Eberhard Müller.

Stein: Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beim Prozesse. — Leipzig 1893. —

— Die Bindung des Tatrichters nach § 565 Abs. II ZPO. Juristische Wochenschrift 1922, Seite 1489 ff.

Steinberg: Die Haftung für culpa in contrahendo. — Bonn 1930. —

Stoll: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung (Betrach-

tungen zum 30jährigen Bestand der Lehre). Archiv für die zivilistische Praxis, Band 136, Seite 237 ff.

Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis. — Berlin 1936 — 11. Auflage.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. — Leipzig 1900. —

Wach: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, (1901). Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 29, Seite 259 ff.

— Der Feststellungsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. — Leipzig 1889 —.

Waldeck: Darf der Richter im Zivilprozeß Beweise ohne Rücksicht auf die Beweislast erheben? Deutsche Richter-Zeitung 1933, Seite 1427, 1428.

Weilbauer: Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben. Hoenigers Abhandlungen zum Bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht, 1—3. (1922).

Werner: Die Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit. Recht 1903, Seite 308 f.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB. — München 1905 —.

Wohlfahrt: Die Beweislast für Verschulden bei obligatorischen Verträgen. Gruchot's Beiträge, Band 73, Seite 451 ff.

Wohlgemuth: Juristische Betrachtung der Krankenbehandlung. „Der Deutsche Justizbeamte", 1936, Seite 42.

Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung des Schuldners, — 2 Beiträge zum Schuldrecht —, aus der Festgabe der Bonner Juristen-Fakultät für Paul Krüger, — Berlin 1911 —.

Zweigert: Leistungsklage bei verschuldeter Unmöglichkeit. Recht 1908, Seite 416 f.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Gerichtsentscheidungen:

1.) Zeitschriften:

	Abkürzungen:
Juristische Wochenschrift:	JW.
Juristische Rundschau:	Jur. Rdsch.
Deutsche Juristen-Zeitung:	DJZ.
Deutsche Richter-Zeitung:	DRZ.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand bezw. Juristisches Zentralblatt für Praktiker:	Recht
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot:	Gruch. Beitr.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht:	LZ.
Archiv für bürgerliches Recht (Kohler):	Arch. bürg. Recht
Archiv für die zivilistische Praxis:	Arch. Ziv. Prax.
Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts von Jhering und Gerber:	Jher. Jhbch.
Kritische Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft:	KVJS.

Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß:	ZZP.
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt:	ZHR.
Deutsche Justiz:	DJ.
Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut:	Grünhut's Ztschr.
Der Deutsche Justizbeamte:	DJB.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht:	Rhein. Ztschr.
Hanseatische Gerichts-Zeitung:	Hans. Ger. Zeit.
Schleswig-Holsteinische Anzeigen:	Schlesw. Holst. Anz.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft:	Meckl. Ztschr. Rpflg.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege:	Sächs. Arch.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern:	Ztschr. bayr. Rpflg.
Heidelberger Kritische Zeitschrift für das gemeine Recht:	Heidelb. Krit. Ztschr.

2.) Entscheidungssammlungen:

	Abkürzungen:
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Ergänzungshefte):	Warn. Rspr.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB.:	Warn. Jhbch.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte:	Seuff. Arch.
Höchstrichterliche Rechtsprechung (Beilage zur Jur. Rdsch.):	HRR.
Soergel's Rechtsprechung zum Zivil- etc.-Recht:	Soerg. Rspr.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen:	Bolze
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts:	Rspr. OLG.

3.) Gerichtsentscheidungen:

	Abkürzungen:
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen:	RG.
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts:	RAG.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts:	ROHG.
Entscheidungen des Preußischen Obertribunals:	Ob. Trib.

Sonstige Kürzungen:

Abs.	=	Absatz.
ADHGB.	=	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
AG.	=	Ausführungsgesetz.
ABGB.	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich.
ALR.	=	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.
And. Ans. (a. A.)	=	Anderer Ansicht.
a. a. O.	=	am angegebenen Orte.
art.	=	Artikel.
A. V.	=	Allgemeine Verfügung.
B (vor Seitenzahl)	=	Beilageheft.
Bd.	=	Band.

BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
E. I	=	Der Entwurf erster Lesung des BGB. von 1888.
E. II	=	Der Entwurf zweiter Lesung von 1895.
Gen. Ges.	=	Genossenschaftsgesetz.
G. m. b. H. Ges.	=	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
HGB.	=	Handelsgesetzbuch.
Kraft. Fahrz. Ges.		Kraftfahrzeuggesetz.
Motive		Die Motive zu dem Entwurfe eines BGB. (amtliche Ausgabe), Bd. I und II.
Nr.		Nummer.
Protokolle (Prot.)		Die Protokolle der II. Kommission für die II. Lesung des Entwurfs zum BGB., bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn, 1897—1899.
Reichs-Haftpfl. Ges.		Reichshaftpflichtgesetz.
RGR.-Kom.	=	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB.
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt.
S.	=	Seite.
StGB.	=	Strafgesetzbuch.
VO.	=	Verordnung.
ZPO.	=	Zivilprozeßordnung.

Zitier-Weise:

Die angezogenen Werke sind durchweg nur mit dem Namen des Autors angegeben, soweit nicht hierdurch, insbesondere bei mehreren Werken desselben Autors, Verwechselungen möglich sind. Die erste Zahl im Anschluß an eine Gerichtsentscheidung, an ein Zitat aus einer Zeitschrift oder einer Entscheidungssammlung gibt die Nummer des Bandes bezw. den Jahrgang der Entscheidungssammlung usw. wieder. Die nächstfolgende Zahl ist grundsätzlich die Seitenzahl; nur bei Zitaten aus HRR., Recht. Seuff. Arch. und Warn. Rspr. zeigt die zweite Zahl die Nummer der angeführten Entscheidungen an. Grundsätzlich ist jedoch durch Voranstellung der Abkürzungen Nr. und S. klargestellt, ob es sich um Seiten- oder Nummernzahl handelt. Die hochgestellte Zahl hinter Zitaten bedeutet gleichfalls die Nummer der angeführten Entscheidung. Absätze von Paragraphen sind durch römische Zahlen, die Sätze durch arabische Ziffern gekennzeichnet.

§ 1:

Einführung in die Beweislastlehre.

I. Beweislast und Prozeßbeschleunigung.

In einer Zeit, in welcher mit Recht einer Beschleunigung des Zivilprozeßverfahrens das Wort geredet wird, muß die Erörterung von Beweislastfragen notwendig neue Belebung erfahren. Die Zivilprozeßnovelle vom 27. Oktober 1933 zielt bekanntlich in erster Linie auf eine Beschleunigung des Verfahrens ab. Wie ihre Vorgängerin, die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924 (Emminger-Verordnung), tritt sie, — und zwar mit größerem Nachdruck als ihre Vorgängerin und, wie man schon heute feststellen kann, mit weit besserem Erfolge —, der volkswirtschaftlich so verhängnisvollen Prozeßverschleppung entgegen. Sie geht hierbei von der Erkenntnis aus, daß — mit den Worten der Präambel — „eine volkstümliche Rechtspflege nur in einem Verfahren möglich ist, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz verbürgt“ [1]). Die Beschleunigung des Verfahrens sucht die Zivilprozeßnovelle 1933 u. a. durch straffere Zusammenfassung des Streitstoffes [2]), verschärfte Durchführung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens, die mittelbar der Beschleunigung dient, und durch die Einführung der Wahrheitspflicht zu verwirklichen [3]). — Es leuchtet unschwer ein, daß die richtige „Verteilung“ der Behauptungs- und Beweislast im Prozeß ein wertvolles, der Prozeßbeschleunigung dienendes

1) Vgl. die Präambel zur Novelle vom 27. X. 1933, RGBl. I, S. 780; vgl. auch die A. V. des Reichsjustizmin. vom 11. XI. 1935 in DJ.: 1935, S. 1654.

2) Vgl. die §§279 Abs. II, 519 Abs. III S. 2, 529 Abs. II—V ZPO. (neue Fassung).

3) Vgl. auch das Gesetz über die Beseitigung der Gerichtsferien vom 7. März 1935 (RGBl. I S. 352).

Mittel darstellt. Die durch die Zivilprozeßnovelle vom Oktober 1933 durchgeführte stärkere Konzentrierung des Streitstoffes zwingt die Parteien, sogleich zu Prozeßbeginn alle Tatsachen vorzubringen, die nur irgendwie erheblich sein oder erheblich werden könnten. Die Möglichkeit, mit Hilfe der Beweislastgrundsätze, die Gliederung des infolgedessen oft sehr umfangreichen Tatsachenmaterials vorzunehmen, muß daher erhöhte Bedeutung erlangen; denn, wie noch zu zeigen sein wird, bestimmt sich die Gliederung des Tatsachenstoffes in Klagegrund, Einrede, Replik, Duplik usw. nach der Beweislastverteilung [4]) oder fällt doch zumindest mit ihr zusammen [5]). Wenn vorstehend von „Verteilung" der Beweislast die Rede ist, so ist zur Vermeidung von Mißverständnissen schon hier darauf hinzuweisen, daß nicht etwa das Gericht die Behauptungs- und Beweislast im Einzelfall nach Billigkeitsgrundsätzen oder im Wege freier Rechtsfindung durch Interessenabwägung verteilt, wie dies allerdings manchmal nach Entscheidungen der Untergerichte den Anschein haben könnte und wie dies vereinzelt auch in der Wissenschaft [6]) befürwortet wird, sondern daß sich die Beweislast vielmehr nach abstrakten, d. h. für alle gleich gelagerten Fälle gleich anwendbaren festen Regeln bestimmt.

Es ist ein Irrglaube, etwa anzunehmen, daß die große Bedeutung der Beweislastfragen durch die Zivilprozeßnovelle 1933 auf Grund des Wegfalles des Partei- und richterlichen Eides als formeller Beweismittel wesentlich beeinträchtigt worden sei [7]). Eher im Gegenteil! Der Einfluß des Wegfalles des Parteieides wird durch die auf Beschleunigung abzielenden Maßnahmen wieder mehr als wett gemacht. Im übrigen hat die Beweislast bei der Parteivernehmung, die an Stelle der genannten Beweismittel getreten ist, einen maßgeblichen Einfluß behalten. Nach § 448 ZPO. kann zwar das Gericht von Amts wegen und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien anordnen. Diese Bestimmung stellt sich jedoch als eine Ausnahmebestimmung

---

4) Rosenberg, S. 94.

5) Leonhard, S. 425 ff.

6) Eck: Vorträge über das Recht des BGB., S. 35 ff.; Hedemann in Ztschr. bayr. Rechtspf.: Band 6, S. 25 ff.; Kisch in ZZP. Bd. 30, S. 536; Mendelssohn-Bartholdy in Rhein. Ztschr. Band 7, S. 154 a. E.

7) So Haag in DRZ. 1933, S. 1555.

dar, die dem früheren § 475 ZPO. über die Auferlegung eines richterlichen Eides entspricht, bei welcher die Beweislast gleichfalls im Gegensatz zu der Regelung beim zugeschobenenParteieid keinen unmittelbaren Einfluß hatte. Die Parteivernehmung von Amts wegen gemäß § 448 ZPO. kommt nur als ultimum refugium in Betracht, und auch nur für den Fall, daß nicht von der beweisbelasteten Partei Beweis durch Parteivernehmung angetreten worden ist, wie dies regelmäßig zutrifft. Bei der beantragten Parteivernehmung entscheidet auch heute noch die Beweislast grundsätzlich darüber, welche Partei zu vernehmen ist. (§ 445 Abs. I ZPO.). Es ist dies immer der Gegner der beweisbelasteten Partei, sofern es sich nicht um die vereinbarte Parteivernehmung des § 447 ZPO. handelt, bei welcher auch ausnahmsweise die beweispflichtige Partei vernommen werden kann. Die Beweislast bestimmt also, welche Partei bei der beantragten Parteivernehmung zu vernehmen ist. Bei der „dispositiven Beweisgegnervernehmung" des § 445 ZPO. ist der Gegner des Beweisbelasteten zu vernehmen, während bei der zugelassenen Beweisführervernehmung des § 447 ZPO. ausnahmsweise auch die beweisbelastete Partei vernommen werden kann[8]). Gewiß kann nicht geleugnet werden, daß die Beweislast an Einfluß verliert, je freier der Richter in der Beweiswürdigung gestellt ist, und daß mit der Abschaffung des Parteieides, auf welchem Gebiete eine Beweiswürdigung auf Grund der gesetzlichen Beweisregel des § 446 ZPO. ausgeschlossen war und wo die Beweislast infolgedessen früher ihren stärksten Einfluß ausgeübt hat, die Beweislast an Bedeutung eingebüßt hat. (Vgl. die §§ 446, 453 ZPO. neue Fassung). Wie dargetan, hat jedoch die Beweislast auch bei dem Beweismittel der Parteivernehmung einen maßgeblichen Einfluß behalten[9]).

Die Entscheidungen der oberen Gerichte zeigen immer wieder, daß man sich in der Praxis der Untergerichte nicht allzuviel Kopfzerbrechen über Beweislastfragen macht und entweder Beweislastfragen überhaupt nicht oder doch unrichtig behandelt. Das allgemeine Bestreben geht jedenfalls offensichtlich dahin, lieber zu viel als zu wenig Beweise zu erheben, und oft ist von den tiefgreifenden Unterschieden zwischen der das Zivilprozeßverfahren grundsätzlich beherrschenden Ver-

8) Vgl. Sändig S. 85, 86.

9) So auch Baumbach, Zusatz nach § 282 ZPO., Anm. 1.

handlungsmaxime einerseits und der das Wesen des Strafprozesses bestimmenden Offizialmaxime andererseits, soweit es sich um die Beweiserhebung handelt, in der Praxis nicht allzu viel zu bemerken. Wenn es auch fraglos richtig ist, daß die Beschleunigung des Prozeßverfahrens nicht zu Lasten der Gründlichkeit des Verfahrens und der Richtigkeit der Entscheidung gehen darf, so muß doch die Erhebung überflüssiger Beweise im Interesse der Beschleunigung der Rechtspflege heute mehr denn je unbedingt vermieden werden. Hierbei ist die richtige Erkenntnis der Beweislastverteilung von ausschlaggebender Bedeutung. Als das „Rückgrat des Zivilprozesses", als welches man sie oft bezeichnet hat[10]), ermöglicht sie eine ideale Gliederung des Streitstoffes und damit zugleich dessen Beherrschung. Indem die Lehre von der Beweislast uns darüberhinaus ein Mittel in die Hand gibt, die Erhebung überflüssiger und unzulässiger Beweise auszuschalten und zu verhindern, ist sie in hervorragendem Maße geeignet, die auf Beschleunigung abzielende Tendenz des Gesetzes zu unterstützen.

II. Klarstellung des Begriffes Beweislast, (objektive und subjektive Beweislast), Rechtsnatur des Beweislastproblems.

Die das heutige Zivilprozeßverfahren grundsätzlich beherrschende Verhandlungsmaxime — unter Verhandlungsmaxime soll hier allein der Grundsatz verstanden werden, daß die Parteien den Umfang des Prozeßstoffes und Streitgegenstandes bestimmen, und daneben unter Dispositionsmaxime der uns weniger interessierende Grundsatz der Verfügungsfreiheit der Parteien über Gang und Inhalt des Verfahrens — macht es den Parteien zur Pflicht, bei Vermeidung des Prozeßverlustes die ihnen günstigen Tatsachen durch Behauptung in den Prozeß einzuführen, regelmäßig auch für die Behauptungen Beweis anzutreten und zu führen. Die Verhandlungsmaxime legt den Parteien mithin eine Bürde, eine Last auf, deren sie sich zu entledigen haben, wollen sie nicht im Rechtsstreit unterliegen. Diese Last bezeichnet man als Behauptungs- und Beweislast im subjektiven Sinne. Die nachteilige Folge dieser Last besteht darin, daß bei Unaufklärbarkeit einer Tatsache, deren Fest-

10) So Hamm: Verhandlungen des 23. Deutschen Juristen-Tages II, 317.

stellung die notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechtssatzes ist, der Richter, der ja trotz der Unaufklärbarkeit eine Entscheidung zu treffen hat, zu Ungunsten derjenigen Partei entscheiden muß, welche die — unaufgeklärte — Tatsache in den Prozeß einzuführen und zu beweisen hatte.

Nach § 286 ZPO. hat das Gericht nun aber den gesamten Inhalt des vorgetragenen Vorbringens b e i d e r Parteien seiner Entscheidung über die Wahrheit oder Unwahrheit einer erheblichen tatsächlichen Behauptung zugrundezulegen. Hiernach kommt es also letztlich nicht darauf an, daß gerade die beweisbelastete Partei die ihr günstigen Tatsachen behauptet und beweist, sondern darauf, w a s auf Grund der Verhandlungen und des Verhaltens beider Parteien schließlich erwiesen ist; denn der Richter muß eben auch die Behauptungen einer Partei berücksichtigen, die ihr ungünstig und der Gegenpartei folglich günstig sind. Bleibt aber bei Berücksichtigung des „gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme" eine Tatsache unaufgeklärt, die Voraussetzung der Anwendung der einer Partei günstigen Norm ist, auf welche sich ihr Antrag auf Verurteilung oder Abweisung gründet, so geht diese Unaufklärbarkeit zu lasten derjenigen Partei, welche die Behauptungs- und Beweislast im subjektiven Sinne trifft. Die in der Wissenschaft gewonnene Erkenntnis, daß das Beweislastproblem sich nicht in der Beantwortung der Frage „wer muß beweisen" erschöpft, und daß die Frage „was muß schließlich bewiesen sein" die umfassendere Frage ist, hat in der Entwicklung der Beweislastlehre zur sog. Objektivierung des Beweislastbegriffes geführt. Man stellte dem Begriff der subjektiven, formellen oder prozessualen Beweislast den Begriff der objektiven, materiellen Beweislast oder auch Feststellungslast gegenüber [11]) und erblickte das Wesen der Beweislast ganz allgemein in der Gefahr des Nichtfestgestelltseins oder der Beweislosigkeit einer tatsächlichen Behauptung [12]). So wertvoll aber auch nun die Erkenntnis ist, daß es nicht allein auf die

---

11) Teilweise wird der Unterschied zwischen materieller und prozessualer Beweislast wesentlich anders aufgefaßt, vgl. z. B. B e c k h, § 1, S. 1, 9, 13, der dann von prozessualer Beweislast spricht, wenn zu dem materiellen Feststellungsbedürfnis ein prozessuales Beweisbedürfnis tritt.

12) R o s e n b e r g, S. 30, 31.

Frage ankommt „wer muß etwas beweisen", so ist doch die Aufspaltung des Beweislastbegriffes in eine Beweislast im subjektiven und eine Beweislast im objektiven Sinne andererseits nicht nur geeignet, Verwirrung zu stiften, sie ist auch — jedenfalls für ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime — praktisch wertlos [13]). Der Umstand, daß der Richter seiner Entscheidung das gesamte Ergebnis der Verhandlungen zu Grunde zu legen, und daß er das Vorbringen auch der nichtbeweisbelasteten Partei zu berücksichtigen hat, nötigt keinesfalls zu dieser Aufspaltung des Beweislastbegriffes. Die Frage der Beweislast gewinnt ja in der Regel erst dann entscheidende Bedeutung, wenn etwas nach dem gesamten Ergebnis der Verhandlungen unaufgeklärt bleibt. Die Frage, wen die Gefahr des Prozeßverlustes trifft, wenn eine erhebliche Tatsache nicht aufzuklären ist, ist und bleibt die Kernfrage der ganzen Beweislastlehre, und es gibt nach der Ausgestaltung unseres Zivilprozeßverfahrens nur einen einheitlichen Begriff der Beweislast, und zwar den der Beweislast im subjektiven Sinne. Wenn eine Partei ihr ungünstige Tatsachen vorbringt, für welche sie nicht die Beweislast trägt, so ändert sich damit nicht das Geringste an der Beweislast der Gegenpartei. Die Gegenpartei wird hier lediglich ganz oder teilweise der Verpflichtung [14]) zur Beweisführung enthoben, da der Beweis der Tatsache, für welche sie die Beweislast trägt, bereits auf Grund des Vorbringens des Gegners ganz oder teilweise erbracht ist. Die Frage der Beweislast wird hier eben gar nicht akut. Die beiden Fragen „was muß bewiesen sein" und „wer muß beweisen" können im übrigen überhaupt nicht voneinander getrennt werden. Sie können nicht einmal selbständig gestellt werden; denn die Frage, „wer muß beweisen", ohne in Beziehungsetzung zu einem Gegenstand des Beweises ist widersinnig, und umgekehrt gilt das gleiche von der Frage „was muß bewiesen werden", da immer ein Subjekt des Beweises vorhanden sein muß, dem der Beweis obliegt. Die Beantwortung der Frage, was muß objektiv feststehen, damit einer Partei ein obsiegendes Urteil zugesprochen werden kann, enthält zugleich immer die Entscheidung darüber, wem die Unaufklärbarkeit

13) Vgl. auch Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV, 1.

14) Von einer eigentlichen Verpflichtung kann naturgemäß nicht die Rede sein; vgl. auch Rosenberg, S. 68, 69.

und Nichterweisbarkeit gewisser Tatsachen zum Nachteil gereicht. In der Unmöglichkeit der Trennung der genannten Fragen und gleichermaßen der Unmöglichkeit der verschiedenen Beantwortung liegt der tiefere Grund dafür, daß die Aufspaltung des Beweislastbegriffes abzulehnen ist.

Die Fragen „was muß bewiesen werden" und „wer muß beweisen" können allein aus dem materiellen Recht beantwortet werden; denn nur dieses kann die Voraussetzungen und den Umfang der Voraussetzungen bestimmen, bei deren Gegebensein das Prozeßbegehren einer Partei Erfolg haben kann. Aus dem materiellen Recht kann daher auch allein die Beweislastverteilung im Einzelfall hergeleitet werden. Das Prozeßrecht enthält keine Sätze, aus denen eine bestimmte Verteilung entnommen werden könnte. Nur, wenn der Richter sämtliche Voraussetzungen eines Rechtssatzes für dargetan hält, kann er den konkreten Sachverhalt (Tatbestand) unter das Gesetz subsumieren. Er muß also zunächst einmal die Tatbestandsmerkmale des Rechtssatzes überhaupt prüfen, sodann feststellen, welche Tatbestandsmerkmale in abstracto erwiesen sein müssen, wenn der Rechtssatz zugunsten der einen oder der anderen Partei zur Anwendung kommen soll und drittens endlich die Frage entscheiden, ob diese Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall hinreichend behauptet und nachgewiesen sind. Hieraus ergibt sich, daß das Problem der Beweislast ein solches der Rechtsanwendung ist[15]), und weiter, daß die Lehre von der Beweislast rechtssystematisch dem Rechtsgebiet einzugliedern ist, dessen Rechtsnormen Gegenstand des Rechtsstreites bilden. Dies haben mit überzeugender Begründung sowohl Leonhard[16]) wie Rosenberg[17]) nachgewiesen. Demgemäß muß es als ein seltsamer Widerspruch bezeichnet werden, wenn die herrschende Lehre die Verteilung der Beweislast aus dem materiellen Rechte ableiten, das dadurch geschaffene Recht hingegen als ein prozessuales ansehen will[18]). Allein der Umstand, daß die Fragen der Beweislast erst im Prozesse Bedeutung gewinnen und daß sie dem Richter eine Anweisung geben, wie er bei Unaufklärbarkeit einer er-

15) Rosenberg, Lehrbuch S. 367, § 116, I, 2.

16) Leonhard, S. 225 ff.

17) Rosenberg, S. 101—103.

18) So Leonhard, S. 228.

heblichen Tatsache zu entscheiden hat, vermag die gegenteilige Ansicht nicht zu rechtfertigen, welche die Beweislast dem Prozeßrechte zurechnet. (Prozessuale Auffassung)[19]). Anderenfalls wären insbesondere auch alle Rechtssätze, die von dem Richter ein rechtsgestaltendes Eingreifen in ein streitiges Rechtsverhältnis verlangen (z. B. § 1564 BGB.) prozessualer Natur[20]). Wenn es sich also in einem Rechtsstreit um die Entscheidung bürgerlich-rechtlicher Fragen handelt, so sind die entstehenden Beweislastfragen nach der hier vertretenen Auffassung auch aus dem bürgerlichen Recht, sofern es sich ausnahmsweise um prozessuale Fragen handelt, aus dem Prozeßrecht heraus zu lösen. Die Beweislastlehre gehört somit dem materiellen Recht im weiteren Sinne an[21]). Eine dritte Auffassung hält die Beweislastsätze für Normen besonderer Art, die zwischen materiellem Recht und dem Prozeßrecht stehen und die sie mit dem Namen „materielles Justizrecht" belegt[22]). Nach dieser Auffassung hat das Beweislastproblem sowohl eine materielle wie eine prozessuale Seite[23]). Es liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit, eingehender zu der Frage der Rechtsnatur der Beweislastnormen Stellung zu nehmen. Die Frage der Rechtsnatur der Beweislastnormen ist aber von so grundlegender praktischer Bedeutung, insbesondere für die Frage der Revisibilität, falls Beweislastsätze verletzt worden sind, für das Internationale Privatrecht und das intertemporale Recht sowie für die Frage der Zulässigkeit von Beweislastverträgen, daß sie hier kurz gestreift und zu ihr Stellung genommen werden mußte[24]).

---

19) So z. B. Korsch, S. 12; Betzinger, S. 3; Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV; Hedemann, S. 184 u. a., die die Beweislast dem Prozeßrecht zurechnen, ohne dabei in der Regel zu verkennen, daß die Beweislast einen materiellen Gehalt hat.

20) Rosenberg, S. 100, 101.

21) Vgl. auch RG.: 6, 413, wo ausgesprochen ist, daß die Beweislastnormen mit den Normen des materiellen Rechtes identisch sind.

22) Goldschmidt: „Materielles Justizrecht", Festgabe für Brunner, Berlin 1905.

23) Beckh, S. 13; Brodmann im Arch. Ziv. Prax., Bd. 98, S. 100, 101.

24) Rosenberg, S. 106 f.

III. Skizzierung der Hauptbeweislastprobleme.

Eine Arbeit über Beweislastfragen kann auf eine kurze Darstellung des gegenwärtigen Standes der Beweislastlehre und eine Darlegung der Hauptprobleme, die den Gegenstand des Streites bilden, nicht verzichten, dies umso weniger, weil hier die Wogen des Meinungsstreites so hoch gehen, daß, wie einmal treffend bemerkt worden ist [25]), derjenige auf den Wogen der Beweislastlehre hilflos treibt, der nicht im Besitze eines Kompasses in Gestalt einer eigenen, festen Meinung ist. Eine Arbeit über eine ganz bestimmte einzelne Beweislastfrage auf einem eng umgrenzten Rechtsgebiet ohne eine feste Stellungnahme zu den Grundproblemen der Beweislastlehre würde mehr oder weniger in der Luft schweben.

Es ist hinlänglich bekannt, daß weder die Zivilprozeßordnung noch das bürgerliche Gesetzbuch allgemeine Bestimmungen über die Beweislast enthält. Im ersten Entwurf des BGB. waren zwar in den §§ 193—197 allgemeine Beweislastgrundsätze niedergelegt worden. In der zweiten Lesung wurde dieser Abschnitt jedoch gestrichen, und zwar in der Hauptsache mit der Begründung, daß die Probleme noch nicht genügend geklärt seien, um eine gesetzliche Regelung zu rechtfertigen. In den Protokollen (I, 259) wird bemerkt, daß mit der Festlegung der allgemeinen Grundsätze nichts gewonnen sei, weil logische und Zweckmäßigkeitsgründe bei der Verteilung der Beweislast einen maßgeblichen Einfluß ausübten, im übrigen die Bestimmungen aber teils selbstverständlich (§§ 193, 195), teils nicht unbedenklich (§§ 194, 196) seien. Zum Ausgleich für den gewiß nicht bedauerlichen [26]) Wegfall dieser allgemeinen Beweislastregeln stellte die II. Kommission eine nur geringe Anzahl konkreter Beweislastnormen auf, zu denen sich noch die gesetzlichen Tatsachenvermutungen gesellen, die in ihrer Wirkung im wesentlichen den ausdrücklichen Beweislastregeln gleichkommen. Soweit man — und dies war in überwiegendem Ausmaße der Fall — auf die ausdrückliche Regelung der Beweislast verzichtete, griff man zu der Methode, die

---

25) Brodmann im Arch. ziv. Prax., Bd. 98, S. 67.

26) Beckh, S. 46; Kisch in Grünhut's Ztschr., Bd. 28, S. 262, halten die Streichung der Bestimmungen für erfreulich; Wach in ZZP., Bd. 29, S. 366 ff. und Litten, S. 308, für bedauerlich.

Beweislastverteilung nach Möglichkeit durch die Fassung und Stellung der Gesetzesvorschriften erkennbar zu machen [27]). Diese Methode ist jedoch, wie die Zukunft bewiesen hat, nicht geeignet gewesen, die vorhandene Gesetzeslücke nur einigermaßen auszufüllen, und vermag keine Handhabe zur Lösung aller Streit- und Zweifelsfragen zu geben, zumal die Absicht des Gesetzgebers, die Verteilung der Beweislast durch Fassung und Stellung der Rechtssätze anzudeuten, keine gesetzliche Fixierung erfahren hat. Der Wille des Gesetzgebers ist zwar generell dahin gegangen; in einer für den Richter irgendwie bindenden Form niedergelegt ist dieser Wille des Gesetzgebers jedoch nicht. Im übrigen ist diese Methode keineswegs überall durchgeführt und eine konsequente alle Fälle regelnde Durchführung dieser Methode ist auch gar nicht möglich, wenn der Wortfassung und der Stellung eines Rechtssatzes auch keineswegs etwa jegliche Bedeutung abzusprechen ist [28]). Die Wissenschaft hat sich bemüht, die im geschriebenen Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen und abstrakte allgemeine Regeln über die Beweislastverteilung aufzufinden. Daß der Wissenschaft dies gelungen sei, kann kaum behauptet werden. Der Streit der Meinungen ist so groß, daß neuerdings die Ansicht immer mehr an Boden zu gewinnen scheint, welche die Möglichkeit der Aufstellung allgemeiner Beweislastgrundsätze leugnet, oder es doch für unmöglich hält, die Beweislastgrundsätze auf ein einziges Grundprinzip zurückzuführen [29]). Zudem wird vielfach behauptet, daß mit der Auffindung solcher Regeln nichts gewonnen sei, da die Bedürfnisse des Einzelfalles doch eine weitgehende andere Beweislastverteilung nach Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen erforderlich mache [30]). Es gibt in der Beweislastlehre kaum Fragen, die dem Streit der Meinungen entzogen wären. Wie aufgezeigt, ist schon der Begriff der Beweislast und ihre Stellung im Rechtssystem lebhaft umstritten. Den Kernpunkt des Streites bildet jedoch die Frage, in welchem Umfange die Beweislast sich unter den Parteien

---

27) Vgl. Protokolle I, 259 ff. und VI, 384.

28) Vgl. Wach, a. a. O., S. 375.

29) Richard Schmidt, Lehrbuch (2), 447; Hedemann, S. 147; Kisch, ZZP.: Bd. 30, S. 536.

30) Fischer im Recht 1909, S. 103; Hölder im Arch. ziv. Prax., Bd. 73, S. 156.

verteilt, und woraus sich diese Verteilung ergibt, d. h. wie sie zu begründen ist.

Es muß zunächst scharf unterschieden werden zwischen der ratio, die für eine Beweislastverteilung überhaupt ins Feld geführt wird, und den Gründen für eine ganz bestimmte Beweislastverteilung [31]). Wollte man dem Kläger schlechthin und in vollem Umfange die Last des Beweises auferlegen, und zwar nicht nur für das Vorliegen der Entstehungstatsachen eines Anspruchs, sondern auch für das Nichtvorliegen all derjenigen Tatsachen, die möglicherweise das Erlöschen des entstandenen Anspruches oder seine Hemmung begründen oder die Entstehung hindern können, so würde man einen solchen umfassenden Beweis als eine „probatio diabolica" bezeichnen müssen [32]). Als allgemeiner Grund für eine Beweislastverteilung überhaupt werden daher zutreffend die Gebote der ausgleichenden Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit ins Feld geführt, da der Angreifer anderenfalls keinen ausreichenden Rechtsschutz genießen würde. Die Gebote der Zweckmäßigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit können nun aber, soweit die Beweislastverteilung in Frage steht, nur für den Gesetzgeber, nicht aber für den Richter entscheidend sein. Aus ihnen läßt sich im einzelnen Anwendungsfalle eine Beweislastverteilung, die notwendig abstrakten Regeln unterworfen sein muß, nicht herleiten [33]). Abzulehnen sind somit all jene Auffassungen, die unmittelbar aus der Logik [34]) und der Natur der Sache, aus allgemeinen Erfahrungssätzen und Vermutungen, insbesondere aus einer Vermutung für das Fortbestehen einmal entstandener Rechte [35]), aus dem Besitzstand [36]), aus dem gemeinrechtlichen Satz „negativa non sunt probanda" [37]), usw. die Beweislastentscheidung in jedem Anwendungsfall entnehmen wollen. Diese Momente mögen wohl teilweise eine allgemeine Rechtfertigung der Beweislastverteilung überhaupt abgeben. Im Einzelfall mag der Gesetzgeber sie auch wohl aus Zweck-

---

31) Rosenberg, S. 113.
32) Reinhold, S. 298.
33) Rosenberg, S. 115.
34) So u. a. Stölzel (10. Aufl.), Schulung I, S. 194.
35) Litten, S. 298; Beckh, S. 66 ff.
36) Beckh, S. 16 f.
37) Martinius, S. 17 ff.

mäßigkeitsgründen einer ausdrücklichen Beweislastregel oder einer gesetzlichen Vermutung zugrundegelegt haben; es ist aber ein Ding der Unmöglichkeit, aus ihnen für jeden Einzelfall eine feste Beweislastverteilung entnehmen zu wollen. Das Problem der Beweislastverteilung kann vielmehr allein aus der Auslegung der materiellen Rechtssätze heraus gelöst werden [38]). Nur der abstrakte Tatbestand des materiellrechtlichen Rechtssatzes vermag die feste Grundlage für eine abstrakte Beweislastregelung abzugeben.

Der in der Lehre von der Beweislast ziemlich allgemein anerkannte Grundsatz, daß jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen derjenigen Normen trägt, ohne deren Anwendung ihr Prozeßbegehren keinen Erfolg haben würde, wird nun allerdings mittelbar durch den Grundsatz der Verhandlungsmaxime bedingt, die es grundsätzlich den Parteien überläßt, Beweis zu führen und zu erbringen [39]). Insofern ist auch die gesamte Beweislastlehre durch die Verhandlungsmaxime und die kontradiktorische Ausgestaltung des Prozeßverfahrens bedingt, ohne daß sie selbst deswegen prozessualer Natur wäre. Wenn auch die Verhandlungsmaxime die Parteien veranlaßt, alle ihnen günstigen Tatsachen vorzubringen und erforderlichenfalls nachzuweisen, so kann doch die Lösung des Beweislastproblems selbst nur aus dem materiellen Recht erfolgen; denn mit der Aufstellung des obigen Grundsatzes, des sog. „obersten Beweislastprinzips", das eigentlich etwas mehr oder weniger Selbstverständliches zum Ausdruck bringt, ist zwar Manches, aber letzten Endes doch nicht allzu viel gewonnen. Der Satz, daß jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen hat, enthält selbst noch keine Lösung des Problems der Beweislastverteilung. Er ist lediglich ein Wegweiser auf dem Wege zur Lösung des Problems. Der Grundsatz gibt den Rahmen für die Hauptfragen ab: „Welche Normen wirken denn nun zugunsten der einen und welche zugunsten der anderen Partei?" „Welche Voraussetzungen eines Rechtssatzes müssen nun unbedingt festgestellt sein, damit der Klage zugesprochen werden kann,

38) And. Ans. Kisch in ZZP., Bd. 30, S. 355; Brodmann in Arch. ziv. Prax., Bd. 98, S. 84.

39) Hieraus dürfte sich wohl zum Teil die verfehlte Ansicht von der prozessualen Natur der Beweislastnormen erklären.

welche Voraussetzungen müssen dargetan sein, um den Klageanspruch zu Fall zu bringen?" Da es Normen gibt, die sowohl zugunsten des Klägers wie zu seinen Ungunsten wirken, so entsteht die weitere Frage: „An welche Voraussetzungen ist die dem Kläger günstige, an welche die ihm ungünstige Rechtswirkung geknüpft?" — Die Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der Rechtssätze in ihren wechselseitigen Beziehungen und Wirkungen macht die Beantwortung dieser Fragen so außerordentlich schwierig. Erschwert wird die Beantwortung der Fragen auch dadurch, daß oft das Feststehen eines positiven Tatbestandsmerkmales zugunsten der einen Partei und das Feststehen des entsprechenden negativen Tatumstandes mit dem gegenteiligen Inhalt notwendig zugunsten der Gegenpartei wirken muß.

Gilt es nach dem Gesagten das Problem der Beweislastverteilung aus der Auslegung des Rechtssatzes, aus seiner Stellung im Rechtssystem insbesondere durch Vergleich zu anderen ihm verwandten oder auch entgegenwirkenden Rechtsnormen zu lösen, so erkennt man die ungeheuere Schwierigkeit dieser Aufgabe, wenn man sich vor Augen hält, daß die Rechtsordnung sich zusammensetzt aus einem „Grundstock allgemeiner Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine große Anzahl immer feiner sich verästelnder Ausnahmen" [40]). Eine wesentliche Erleichterung bei der Lösung dieser Aufgabe bietet die Einteilung der Rechtssätze in:

a.) rechts- oder klagbegründende Normen,
b.) rechtsvernichtende und rechtshemmende Normen,
c.) rechtshindernde oder keimzerstörende [41]) Normen.

Nach dem dargelegten „obersten Beweislastprinzip" muß, wie allgemein anerkannt, der Kläger die Voraussetzungen der zu seinen Gunsten wirkenden anspruchsbegründenden Normen unter a) und der Beklagte die Voraussetzungen der rechtsvernichtenden und der die Geltendmachung eines Anspruches hemmenden Normen unter b), die in ihrer Rechtswirkung dem Beklagten zugute kommen, beweisen. Diese Sätze besagen naturgemäß nicht viel mehr als das „oberste Beweislastprinzip", aus welchem sie sich unmittelbar herleiten.

---

40) Fitting, S. 48.

41) Der Ausdruck stammt von Burckhardt, S. 147.

— Die Abgrenzung zwischen den rechtsbegründenden und den rechtsvernichtenden Rechtssätzen bietet im allgemeinen keine allzu großen Schwierigkeiten.

Lebhafter Meinungsstreit in Wissenschaft und Rechtsprechung besteht nun darüber, wer die Beweislast in Ansehung der rechtshindernden Normen unter c) zu tragen habe, ob also der Beklagte das Vorliegen oder der Kläger das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der rechtshindernden Norm zu beweisen habe. An die Beantwortung dieser praktisch wohl wichtigsten Streitfrage der gesamten Beweislastlehre knüpfen sich die beiden Haupttheorien, die Leugnungstheorie und die Einredetheorie [42]) und die Lehre vom „qualifizierten Geständnis" umfaßt gerade auch die Erörterung dieser Streitfrage; denn, wenn der Beklagte sich auf eine rechtshindernde Norm beruft, so gibt er zumeist im übrigen die Tatsachen zu, die zur Begründung der Klage regelmäßig ausreichen. Die Leugnungstheorie, die dem Kläger die Beweislast für das Nichtvorhandensein der eine rechtshindernde Norm begründenden Voraussetzungen auferlegt, begründet ihre Beweislastverteilung damit, daß die Behauptung, der geltendgemachte Anspruch sei nicht oder nicht auf die behauptete Art und Weise zur Entstehung gelangt, ein Leugnen des Klagegrundes darstelle und das Nichtgegebensein solcher Tatsachen, welche die Entstehung des Anspruchs zu hindern geeignet seien, anspruchsbegründende Voraussetzung sei. Demgegenüber wird von den Vertretern der Einredetheorie zutreffend darauf hingewiesen, daß die rechtshindernden Normen selbständige Rechtswirkungen auslösen, die den Rechtswirkungen der anspruchsbegründenden Normen entgegengesetzt sind. Wenn der Beklagte sich auf diese selbständige Gegenwirkung der rechtshindernden Norm beruft, so macht er also eine Einrede geltend, die zu seinen Gunsten wirkt und deren Voraussetzungen daher von ihm zu beweisen sind. Das Nichtvorliegen von Tatsachen, welche die Entstehung eines Rechts hindern und es „im Keime zerstören" würden [43]), gehört also nicht mit zum Klagegrund. Der Beklagte, der sich auf rechtshindernde Tatsachen beruft, leugnet also nicht den Klagegrund. Für die Einredetheorie spricht es auch, daß das Gesetz

42) Vgl. über die Entwicklung dieser Theorien: Litten, S. 293.

43) Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV bezeichnet die Wirkung der rechtshindernden Norm treffend als eine „juristische Totgeburt".

stets die Unwirksamkeit und nicht die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand einer selbständigen Norm gemacht hat[44]). Hierin kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber den rechtshindernden Normen eine selbständige Rechtswirkung beigelegt hat, sodaß derjenige, der sich auf eine anfängliche Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft, diese rechtshindernde Tatsache auch zu beweisen hat. Wenn auch, wie hervorgehoben, Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe die Beweislastverteilung im Einzelfall nicht bestimmen können, so muß doch darauf hingewiesen werden, daß der böswillige Beklagte jedes Vorgehen des Klägers bei einigermaßen substantiiertem Vorbringen würde durchkreuzen können, wenn man dem Kläger mit der Leugnungstheorie die Beweislast hinsichtlich des Nichtvorliegens sämtlicher die Entstehung eines Anspruches im Keim zerstörender Tatsachen auferlegen würde. Leonhard, der wohl als der Hauptvertreter einer streng durchgeführten Leugnungstheorie angesehen werden muß, versucht hier mit einer besonderen Anregungslast[45]) des Gegners des Beweisbelasteten zu helfen[46]). Er leugnet überhaupt den Begriff der rechtshindernden Normen[47]), indem er ihnen jede selbständige Rechtswirkung abspricht, und erkennt nur rechtsbegründende und rechtsvernichtende Normen an. Aufbauend auf dem Begriff der selbständigen Rechtswirkung kommt Leonhard scheinbar zu einer außerordentlichen Vereinfachung der Beweislastlehre, indem er dem Kläger die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen des Entstehungstatbestandes und somit auch für das Nichtvorliegen der rechtshindernden Tatsachen und dem Beklagten die Beweislast für das Gegebensein rechtsaufhebender Tatsachen auferlegt[48]). Die teilweise unmöglichen Folgerungen, die sich aus diesem „Vereinfachungs"-prinzip notwendig ergeben, das den Kläger in sehr starkem Maße mit dem Beweise belastet, sucht Leonhard mit Hilfe der Lehre von der Beweisführung, mit einer besonderen Widerlegungslast des Beklagten und mit einer Anregungslast und Aufklärungspflicht des

---

44) Rosenberg, S. 291.

45) Leonhard, S. 203 ff.

46) Siehe dagegen Rosenberg, S. 168 ff.

47) Leonhard, S. 78 ff.

48) Leonhard, S. 124 ff. und 145.

Gegners des Beweisbelasteten abzuschwächen[49]). Leonhard kann insoweit der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß er den Schwierigkeiten aus dem Wege geht, indem er das Problem der Beweislastverteilung einfach in das Gebiet der Beweisführung verlagert[50]). Nach der hier vertretenen Auffassung hat die rechtshindernde Norm eine eigene selbständige Rechtswirkung. Diese ist der Wirkung der rechtsbegründenden Norm entgegengesetzt. Demnach sind ihre Voraussetzungen von demjenigen darzutun, der die rechtsbegründenden Tatsachen selbst nicht leugnet, sich vielmehr lediglich auf die selbständige Rechtswirkung der rechtshindernden Norm beruft und auf diese Weise die Feststellung des Rechts von sich abzuwenden sucht. Wie Kreß überzeugend dargelegt hat[51]), gibt es überhaupt nur 3 feste Punkte, nach welchen sich eine feste Abgrenzung der Beweislastverteilung vornehmen läßt, und zwar:

1.) die sog. Minimalgrenze. Der Kläger muß hier allein die anspruchsbegründenden, nicht auch das Nichtvorliegen rechtshindernder Tatsachen beweisen;

2.) die Grenze zwischen anspruchsbegründenden und anspruchsaufhebenden Normen. Erkennt man nur diese Grenze an, so muß der Kläger alle Voraussetzungen, negative wie positive mit Ausschluß der anspruchsaufhebenden beweisen;

3.) das Ende des materiellen Klaggrundes. Hier muß auch das Nichtvorliegen anspruchsaufhebender Tatsachen vom Kläger bewiesen werden. — Von einer Verteilung der Beweislast kann hier streng genommen schon nicht mehr gesprochen werden[52]). Kreß als Vertreter der sog. Minimaltheorie befürwortet die Minimalgrenze als Grundlage der Beweislastverteilung. Es mag richtig sein, daß jede Grenzziehung etwas Willkürliches an sich hat[53]); jedenfalls vermag die Beweislastverteilung auf der Grundlage der Minimalgrenze, wie ausgeführt, das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in weit höherem Maße zu befriedigen als die Beweislastverteilung nach den

---

49) Vgl. hierzu Rosenberg, S. 168, 169.

50) Vgl. die Kritik der Lehre Leonhard's durch Brodmann im Arch. Ziv. Prax., Bd. 98, S. 165.

51) Kreß, S. 50, 52, 53.

52) Leonhard lehnt den Ausdruck Verteilung der Beweislast schon für die Grenzziehung zu 2 ab.

53) Vgl. Litten, S. 298.

übrigen möglichen Grenzziehungen. — Auch die Einteilung der Normen in rechtsbegründende, rechtsvernichtende und rechtshindernde vermittelt noch keinesfalls etwa die endgültige Lösung des Problems der Beweislastverteilung. Im Einzelfall bereitet die Unterscheidung insbesondere der rechtshindernden und der rechtsbegründenden Normen oft außerordentliche Schwierigkeiten [54]), und die Frage, ist ein Tatumstand Voraussetzung einer rechtshindernden Norm oder ist der entsprechende negative Tatumstand Voraussetzung einer rechtsbegründenden Norm, ist gleichermaßen häufig nur schwer zu beantworten.

Das bereits angeschnittene Problem des qualifizierten Geständnisses und seiner Folgen für die Beweislastverteilung ist nach den obigen Ausführungen dahingehend zu lösen, daß den Kläger nur dann der Beweis für die Unrichtigkeit des vom Beklagten dem Geständnis beigefügten Zusatzes trifft, wenn dieser Zusatz die Voraussetzungen des Klagegrundes im Sinne der hier vertretenen Einredetheorie antastet.

Ein weiterer fundamentaler Satz der Beweislastlehre, über den erfreulicherweise Einhelligkeit besteht, ist der, daß Gegenstand des Beweises grundsätzlich nur Tatsachen sind. Der Satz, daß der Angreifer nur die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Normen, d. h. die tatsächlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs zu beweisen hat, geht übrigens letztlich darauf zurück, daß regelmäßig nur Tatsachen zu beweisen sind [55]). Die Beweismittel unseres Verfahrens sind nicht auf den Nachweis der Existenz eines Rechtes zugeschnitten, sondern lediglich auf den Nachweis der Entstehung eines Rechtes [56]). Der Kläger braucht daher nur die Entstehungstatsachen nachzuweisen. Ist dies geschehen, so muß der Richter hieraus solange auf das gegenwärtige Bestehen des Anspruches schließen, — dies ist eine Folge sowohl der Verhandlungsmaxime wie der Art der Beweismittel, — bis von der Gegenseite rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen in den Prozeß eingeführt und notfalls bewiesen werden [57]). Eine besondere Vermutung für die Fortexistenz eines einmal ent-

54) Rosenberg, S. 148 ff.

55) Beckh, S. 66.

56) Lent, II, S. 85.

57) So z. B. Brodmann, a. a. O., S. 85; Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, 4, a.

standenen Rechtes oder eines bestehenden tatsächlichen Zustandes braucht man zur Begründung des Satzes, daß der Kläger nur die Entstehungstatsachen und nicht auch das gegenwärtige Bestehen des Anspruches zu beweisen hat, also nicht aufzustellen. In Wirklichkeit ist eine solche Vermutung auch gar nicht anzuerkennen[58]). In vielen Fällen spricht vielmehr umgekehrt eine Vermutung für das Erlöschen eines Rechtes. — Als oberste Beweislastgrundsätze können wir demnach zusammenfassend aufstellen:

a.) nur Tatsachen sind Gegenstand des Beweises;

b.) der Kläger hat die Entstehungstatsachen, der Beklagte die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatsachen zu beweisen[59]).

Der Grundsatz zu b) wird nur vereinzelt dann durchbrochen, wenn ausdrückliche Beweislastregeln oder gesetzliche Tatsachenvermutungen den Kläger bezw. den Beklagten von dem Nachweis bestimmter Voraussetzungen befreien, die „an sich" zu ihrer Beweislast stehen würden. Nur so erklärt es sich, daß im Einzelfall der Kläger oder der Beklagte mitunter nicht alle Voraussetzungen der zu ihren Gunsten wirkenden Norm und der Kläger insbesondere nicht alle Entstehungstatsachen zu beweisen hat.

IV. Bedeutung der Beweislast im Prozeßverfahren.

Die Fassung des § 286 ZPO.[60]) hat vielfach die Annahme entstehen lassen, daß die Beweislastverteilung für das Verfahren selbst, insbesondere für das Beweisverfahren keine Bedeutung habe, daß der Richter vielmehr nicht nur in der Würdigung, sondern auch — im Rahmen der Verhandlungsmaxime — in der Erhebung der Beweise vollkommen freigestellt sei[61]). Nach

---

58) Für eine solche Vermutung: Fitting, S. 18; Litten, S. 299; Betzinger, S. 54 ff.; dagegen: Kreß, S. 35; Reinhold, S. 10; RG.: 137, 155; vgl. auch die Motive Bd. I, S. 382.

59) Der von der herrschenden Lehre und insbesondere von der Praxis des Reichsgerichts gebilligte Satz, daß nur die „generell anspruchsbegründenden" Tatsachen vom Kläger und die rechtshindernden Tatsachen vom Beklagten zu beweisen sind, darf bereits als Gewohnheitsrecht angesprochen werden.

60) Und ebenso des § 287 ZPO.; vgl. Baur, S. 84, 85.

61) So z. B. Haag in DRZ. 1933, S. 1555.

jener Auffassung richtet es sich nicht nach den Regeln der Beweislast, ob der Richter die von einer Partei angetretenen Beweise erheben darf. Diese Ansicht, die also der Beweislast nur für die Entscheidung selbst eine Bedeutung beimißt, beruht sowohl auf einer Verkennung der Grundprinzipien unseres Zivilprozeßverfahrens wie auf einer mißverständlichen Auffassung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung. In einem Verfahren, in welchem das Ergebnis einer Beweisaufnahme, die nicht vor dem Prozeßgericht stattgefunden hat, vorgetragen werden muß, um zum Inhalt des Rechtsstreites und zum Prozeßstoff gemacht zu werden, und in welchem eine Beweisaufnahme, über deren Ergebnis von den Parteien nicht streitig verhandelt worden ist, keine Berücksichtigung finden darf (vgl. § 285 ZPO.), hat der Richter nicht eine solch freie Stellung in der Erhebung von Beweisen, wie dies in einem Verfahren der Fall ist, in welchem die Untersuchungsmaxime gilt. — Es ist bereits hervorgehoben, worden, welche große Bedeutung der Beweislast gerade für das Beweismittel der beantragten Parteivernehmung zukommt. Überall da, wo nicht ausnahmsweise wie beim Beweis durch Sachverständige oder durch Augenschein, bei der Vorlegung von Urkunden usw. — vgl. die §§ 142, 144, 272 b Ziff. 5 ZPO. — die Verhandlungsmaxime zu Gunsten des Grundsatzes der Untersuchungsmaxime durchbrochen ist, ist es unbedingte Pflicht des Richters, sich in jedem Stadium des Prozesses, insbesondere vor jeder Beweiserhebung die Frage der Beweislastverteilung vorzulegen und zu klären; denn nur so kann er erkennen, ob er überhaupt Beweis erheben darf und ob nicht vielmehr die Beweisaufnahme überflüssig ist. So darf der Richter z. B. nicht Beweise erheben, wenn die beweisbelastete Partei gar keinen Beweis, die nicht beweispflichtige Partei aber den Beweis für die Unwahrheit der zur Beweislast der anderen Partei stehenden Behauptungen angetreten hat. Gelingt dem Kläger z. B. ein ihm obliegender Beweis nicht, so darf der Richter nicht die Erhebung des Gegenbeweises anordnen, der schon begrifflich die (erfolgreiche) Führung eines Hauptbeweises voraussetzt. Ist der Klagegrund noch nicht schlüssig behauptet, so ist es verfehlt, schon Beweis über die vom Beklagten zur Begründung einer Einrede vorgebrachten Tatsachen zu erheben [62]). Teilweise hat der Irrglaube daran,

62) Rosenberg, S. 94; Waldeck in DRZ 1933, S. 1427 und 1428.

daß der Richter in der Auswahl hinsichtlich der Erhebung der angetretenen Beweise ohne Rücksicht auf die Beweislast vollkommen frei sei, auch darin seinen Grund, daß in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen der Hauptbeweis und der zur Erschütterung dieses Hauptbeweises von dem nicht beweisbelasteten Gegner vorsorglich angetretene Gegenbeweis der Unrichtigkeit der von der beweispflichtigen Partei aufgestellten Behauptung zur gleichen Zeit erhoben werden [63]). Der Gegenbeweisführer ist aber niemals beweispflichtig im Sinne des Hauptbeweisführers. Den Gegenbeweisführer trifft nur die Last der Widerlegung des von dem Beweisbelasteten bereits erbrachten Beweises, und er braucht bloß — gegenbeweislich — die Überzeugung, die der Richter sich auf Grund des Hauptbeweises bereits gebildet hat, wieder zu erschüttern, damit die Gefahr des Prozeßverlustes wieder die allein beweisbelastete Partei trifft. Im scharfen Gegensatz zu dem Gegenbeweis steht übrigens der Beweis des Gegenteils, der insbesondere dem durch eine gesetzliche Tatsachenvermutung — § 292 ZPO. — Beschwerten obliegt. Der Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis und muß demzufolge die volle Überzeugung des Richters von der Unwahrheit der vermuteten Tatsache begründen [64]). — Es ist eine unmittelbare Folge der Verhandlungsmaxime, daß die beweisbelastete Partei Beweis anzutreten und Beweis zu erbringen hat, und daß weiter die Frage der Beweislast darüber entscheidet, ob ein angetretener Beweis erhoben werden darf. Nur in besonders gelagerten Fällen mag es, — abgesehen von dem stets zulässigen Gegenbeweis — ausnahmsweise für zulässig zu erachten sein, den von der nichtbeweispflichtigen Partei angetretenen Beweis zu erheben, so z. B. wenn der angetretene Beweis der beweisbelasteten Partei günstig sein würde. Insoweit wird aber fast immer die unter Beweis gestellte Tatsache nicht bestritten sein, so daß sich eine Beweiserhebung erübrigt. Der oben aufgestellte Satz, der in § 286 ZPO. seinen Niederschlag gefunden hat, daß auch das einer Partei ungünstige Vorbringen zu berücksichtigen ist, bedarf daher insofern der Einschränkung, als die von der nicht beweispflichtigen Partei angetretenen Beweise grundsätzlich nicht erhoben werden dürfen. Der § 286 ZPO. stellt also den Richter nur in der Be-

63) Vgl. auch § 282 ZPO.

64) So auch Gaupp-Stein-Jonas zu § 292, II, 2.

weiswürdigung nicht auch in der Beweiserhebung freier und der im § 286 ZPO. normierte Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat nicht zugleich den Grundsatz der freien Beweiserhebung im Gefolge, der nur in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime Geltung hat. Die Verhandlungsmaxime ist u. a. ja auch deswegen zur Grundlage des Zivilprozesses gemacht worden, weil sie in den das öffentliche Wohl des Staates weniger oder doch jedenfalls nicht unmittelbar berührenden Fällen eine weit besser geeignete Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten ermöglicht als die Untersuchungsmaxime, die in den oft sehr verwickelten und sehr schwer aufklärbaren Zivilrechtsfällen das Bedürfnis nach einer schnellen und gerechten Entscheidung nicht zu befriedigen vermag. Wenn man dem Richter das Recht zubilligen würde, die angetretenen Beweise ohne Rücksicht auf die Beweislast erheben zu dürfen, so würde man damit diese Tendenz der Verhandlungsmaxime illusorisch machen. Schon das Versäumnisverfahren zeigt, daß man sich im Bereich der Verhandlungsmaxime noch mehr als bei der Untersuchungsmaxime oft damit begnügen muß, der Feststellung der materiellen oder absoluten Wahrheit[65]), deren Erforschung das Ziel auch eines Verfahrens mit Verhandlungsmaxime ist, nur nahe zu kommen. Bekanntlich ist der Richter ja auch gezwungen, die übereinstimmenden Behauptungen der Parteien als wahr zu unterstellen.

Aus den vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, daß die Grundprinzipien eines Prozeßverfahrens wesentlich den Umfang der Bedeutung bestimmen, welche den Fragen der Beweislast in einem Verfahren zukommt. In einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime spielt die Beweislast für den Gang des Verfahrens selbst keine Rolle, da das Gericht hier verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Sie gewinnt allein Bedeutung für die Endentscheidung. Die Ansicht, welche Beweislastfragen in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime keinerlei Bedeutung beimißt[66]), kann daher nicht geteilt werden, ohne daß zu dieser Frage hier näher Stellung genommen werden soll. Wie gezeigt, erschöpft sich die Bedeutung der Beweislast im Herrschaftsbereich der Ver-

65) Ein Unterschied zwischen materieller und formeller Wahrheit ist nicht anzuerkennen.

66) So z. B. Beckh, S. 10 und Wach, a. a. O., S. 361.

handlungsmaxime nicht in der Wirkung auf das Endurteil[67]). Die Bedeutung der Beweislast wird gerade heute stark unterschätzt. Mag auch die Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung und der Ausbau der dem Richter bei der Aufklärung des Sachverhaltes zustehenden Befugnisse (§ 139 ZPO.) die Bedeutung der Beweislast abschwächen, — so verhindert z. B. der § 139 ZPO. die Folgen, welche die Beweislast bei unvollständigem Vorbringen oder ungenügendem Beweisantritt haben würde —, so wird doch nur allzu leicht übersehen, daß selbst bei der Beweiswürdigung die Beweislast eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. So scharf auch die Gebiete der Beweiswürdigung und der Beweislast voneinander zu trennen sind, sie üben doch fraglos einen wechselseitigen Einfluß aufeinander aus. Ein Richter, der die Ergebnisse eines Haupt- und eines Gegenbeweises gegeneinander abwägen würde, ohne sich über die Beweislastverteilung im Klaren zu sein, würde leicht zu unrichtigen Entscheidungen gelangen können[68]). Die innere Überzeugungskraft eines Beweises bestimmt sich nach der Beweislast. Trotz des entgegenstehenden Wortlautes ist die Beweislastverteilung mittelbar auch bei der „Parteivernehmung von Amts wegen" zu berücksichtigen; denn die Frage, welche Partei zu vernehmen ist, hängt ja neben anderen Umständen auch von der Würdigung der bis dahin erhobenen Beweise ab. Eine richtige Beweiswürdigung ist aber, wie ausgeführt, nur bei richtiger Erkenntnis der Beweislastverteilung möglich. So kann das Gericht auf Grund einer falschen Beweislastverteilung zu einer verfehlten Beweiswürdigung kommen und dadurch veranlaßt werden, eine Partei zu vernehmen, die es bei richtiger Erkenntnis der Beweislastverteilung nicht vernommen haben würde. Entsprechendes gilt für die Anordnung der Beeidigung bei der Parteivernehmung[69]). (§ 452 ZPO.). Wenn Korsch[70]) die Ansicht ausspricht, die Zulassung einer Prozeßentscheidung auf Grund von Beweislastregeln bedeute einen Verzicht auf eine materiellrechtlich richtige Entscheidung, so kann ihm hierin nicht zugestimmt werden. Gewiß kann im

---

67) So auch Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV, 1; and. Ans. Leonhard, S. 127 ff. u. a.

68) Vgl. Rosenberg, S. 87, 88.

69) Vgl. hierzu auch die Ausführungen Rosenberg's, S. 85—87, über die Bedeutung der Beweislast beim früheren richterlichen Eid.

Einzelfall ein berechtigter Anspruch oft nur deswegen nicht mit Erfolg durchgesetzt werden, weil seine Voraussetzungen nicht nachgewiesen werden können. Jedoch ist allein diejenige Entscheidung die materiell richtige, die bei der nun einmal niemals für alle Fälle auszuschaltenden Unaufklärbarkeit eines Tatbestandsmerkmales zu Ungunsten desjenigen ausfällt, der die Beweislast hinsichtlich des nicht aufzuklärenden Tatumstandes trägt. Die von K o r s c h geübte Kritik, der zu Unrecht die große Bedeutung der Beweislastfragen leugnet, ist demnach unberechtigt.

V. Methode bei der Erörterung und Behandlung von Beweislastfragen.

In der Erkenntnis dessen, daß nur die Analyse der materiellen Rechtssätze das Beweislastproblem im Einzelfall an Hand der wenigen nur Richtung gebenden Grundsätze zu lösen vermag, ist man neuerdings mehr und mehr dazu übergegangen, einzelne, ganz bestimmte Beweislastfragen systematisch zu behandeln. Mit vollem Recht! Früher suchte man den Stein der Weisen in einigen allgemeinen Beweislastregeln zu finden, die man als allein seligmachendes Allheilmittel anpries. Man stritt sich über den Begriff der Beweislast und bemühte sich um ihre Eingliederung in das Rechtssystem. Man untersuchte die Geltungsberechtigung altrömischer Beweislastsätze wie insbesondere des Satzes „negativa non sunt probanda". Allenfalls erörterte man noch den Streit um die Lehre vom qualifizierten Geständnis und hier wieder vornehmlich die Frage der Beweislast in Ansehung des von der gesetzlichen Dispositivnorm abweichenden Vertragsinhaltes. Wenn wir hier auch schon Einzelfragen behandelt finden, so hat man sich doch im allgemeinen gerade nur auf die genannten, ganz bestimmten Einzelbeweislastfragen beschränkt. Der Versuch, auf rein deduktivem Wege aus den Grundprinzipien des Prozeßverfahrens, aus der Logik etc. allgemeine Regeln herzuleiten, muß als gescheitert angesehen werden. Außer den beiden selbst nur ein Gerippe darstellenden Beweislastgrundsätzen lassen sich in der Tat keine allgemeinen Beweislastregeln aufstellen, jedenfalls nicht Regeln

70) K o r s c h, S. 70, 80, 83.

von so allgemeiner Natur. Nur die Auslegung des konkreten Rechtssatzes kann ja, wie ausgeführt, klarstellen, ob das Bestreiten einer Tatsache Leugnen des Klagegrundes ist oder eine Einrede darstellt, welche Voraussetzungen zur Schlüssigkeit der Klage gehören usw. Auch die Frage, welche Normen denn einer Partei günstig sind, ist nicht immer so leicht zu lösen, wie dies vielleicht auf den ersten Blick den Anschein haben könnte. Zweifelsfragen bei der Anwendung des materiellen Rechts machen sich notwendig auch bei Beantwortung der Beweislastfragen unangenehm bemerkbar. Mit der kasuistischen Behandlung einzelner Beweislastfragen ist daher der Praxis weit mehr gedient als mit der Auffindung abstrakter Grundregeln, die doch nicht mehr als ein Gerippe abgeben und die Zergliederung des einzelnen Rechtssatzes doch nicht entbehrlich machen können. Mit Recht weist daher Kisch[71]) darauf hin, daß die Theorie über eine Richtschnur hinaus keineswegs einer eindringlichen Untersuchung aller Spezialfälle enthoben sein kann. Diese kasuistische Behandlung einzelner Beweislastfragen braucht jedoch keinesfalls etwa zur Regellosigkeit zu führen. Das Ziel bleibt auch hier — ähnlich wie im materiellen Recht —, auf bestimmten Rechtsgebieten gemeinsame Regeln aufzufinden. Hierbei soll also die induktive Methode bevorzugt werden, induktiv in dem Sinne, daß nicht von den konkreten Lebenstatbeständen ausgegangen werden soll, sondern allein von dem einzelnen abstrakten Rechtssatz, der im analysierten Zustande mit anderen inhaltlich verwandten oder entgegengesetzten Rechtssätzen verglichen werden soll. Dies ist der einzig gangbare und zu praktisch wertvollen Ergebnissen führende Weg, auf welchem man auf bestimmten Rechtsgebieten zur Auffindung allgemeinerer Beweislastregeln gelangen und zur Lösung des so schwierigen Beweislastproblemes beitragen kann.

---

71) Kisch in ZZP.: Bd. 30, S. 536; vgl. auch Beckh, S. 45 und Hedemann, S. 147; and. Ans. scheinbar Fitting, S. 10.

§ 2:

Aufgabe und Ziel der Arbeit:

„Beweislastverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner bei Geltendmachung von Rechtsfolgen irgendwelcher Art aus einer positiven Forderungsverletzung in Ansehung der einzelnen eine positive Forderungsverletzung begründenden Tatumstände, insbesondere in Ansehung des Tatbestandsmerkmales „Verschulden"."

Auf Grund der geschilderten Methode [1]) soll in der vorliegenden Arbeit der Versuch gemacht werden, auf einem ganz bestimmten Rechtsgebiet, und zwar auf dem Gebiet der Schuldhaftung einen Beitrag zur Frage der Beweislastverteilung zu geben. — Da, wo im geschriebenen Gesetz Lücken bestehen, die nur im Wege der Analogie ausgefüllt werden können, muß die Beantwortung der Beweislastfrage besondere Schwierigkeiten bereiten, nicht nur deswegen, weil in diesem Falle die Wortfassung und Stellung naturgemäß, da kein ausdrücklicher Rechtssatz vorhanden, in ihrer Bedeutung für die Erkenntnis der Beweislastverteilung ausscheiden müssen, sondern deswegen, weil die nach den Ausführungen im § 1 der Arbeit erforderliche Analyse des einzelnen Rechtssatzes hier gar nicht oder doch nur in der Weise möglich ist, daß die Rechtssätze analysiert werden, mit deren Hilfe die Gesetzeslücke im Wege der Analogie ausgefüllt worden ist, und hieraus dann Schlüsse gezogen werden können. Auf dem Gebiete der Haftung für schuldhafte Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen besteht nun eine solche Lücke im Gesetz; denn außer Unmöglichkeit und Verzug gibt es noch weitere Verstöße des Schuldners gegen seine Schuldverpflichtungen, die im Gesetz keine ausdrückliche Regelung gefunden haben. Eine ausdrückliche gesetzliche Haftungsgrundlage fehlt für diese Fälle und doch besteht darüber völlige Einhelligkeit, daß für gewisse Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen, die nicht unter den Begriff der Unmöglichkeit und des Verzuges gebracht werden können, eine Haftung des Schuldners unbedingt zu bejahen ist. In der Hauptsache handelt es sich bei diesen Verstößen um

1) § 1, V der Arbeit.

Fälle der sog. „positiven Forderungsverletzung“[2]). Die Beweislastverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner in Ansehung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der positiven Forderungsverletzung soll in der vorliegenden Arbeit einer eingehenden Erörterung unterzogen werden; denn es ist aus den angeführten Gründen verständlich, daß gerade bei der positiven Forderungsverletzung, welche die Rolle eines „Lückenbüßers“ zu spielen hat, Zweifel bei der Verteilung der Beweislast obwalten können. Streit herrscht insbesondere über die Frage, die uns vornehmlich beschäftigen wird, wer bei der positiven Forderungsverletzung das zur Begründung der Haftung erforderliche Verschulden beweisen, ob der Gläubiger das Verschulden des Schuldners bei der Forderungsverletzung oder der Schuldner seine Schuldlosigkeit beweisen muß. — Es ist allgemein anerkannt, daß bei Klagen aus einer unerlaubten Handlung, und zwar sowohl bei denen aus § 823 Abs. I BGB. wie bei den auf Verletzung eines Schutzgesetzes gegründeten des § 823 Abs. II BGB. den Kläger die Beweislast für das Verschulden des Beklagten trifft[3]); denn das Verschulden gehört hier zu den Momenten, die den Anspruch überhaupt erst zur Enstehung gelangen lassen; das Verschulden ist hier Voraussetzung der anspruchsbegründenden Norm. Während so die subjektive Verschuldung bei unerlaubten Handlungen zum rechtserzeugenden Tatbestande und damit zum Klagegrund gehört, wird auf der anderen Seite bei Vertragsklagen oder Klagen aus bestehenden Schuldverbindlichkeiten durch die ausdrückliche Beweislastregel des § 282 BGB. festgelegt, daß bei Vertragsklagen, die sich auf eine Unmöglichkeit der Leistung gründen, der Schuldner (Beklagte) die Beweislast dafür trägt, daß er den Eintritt der nachträglichen Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Ebenso ist beim Verzug — unbestritten — durch die negative Fassung des § 285 BGB. und die Stellung des § 285 zu § 284

2) Wie noch weiter unten gezeigt werden soll, wird vereinzelt auch die Ansicht vertreten, daß der Fall der positiven Forderungsverletzung seine ausdrückliche Regelung im Gesetz — im § 276 BGB. — gefunden habe.

3) Anderer Ansicht scheinbar nur Fitting, ZZP. Bd. 13, S. 70 ff., aus dessen Ausführungen allerdings nicht klar ersichtlich ist, ob er eine gesetzliche Verschuldensvermutung annehmen will oder nur auf Grund des Prima-facie-Beweises zur Beweislast des Beklagten gelangt; and. Ans. hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden bei den auf § 823 Abs. II BGB. gestützten Schadensersatzansprüchen: Förster-Kann, ZPO. I, 735; vgl. hierzu Rosenberg, S. 395.

BGB. eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß dem Schuldner, wenn die äußeren Voraussetzungen des Verzuges, Mahnung, Eintritt des Kalendertages usw. vorliegen, die Beweislast dafür obliegt, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat. (§ 276). Der Schuldner muß also auch hier, — wie bei der Unmöglichkeit nach § 282 BGB. —, seine Schuldlosigkeit dartun. Da die Realisierungsmöglichkeit eines Anspruchs häufig von der Verteilung der Beweislast abhängt, so ist die in Ansehung der Beweislast unterschiedliche Behandlung von vertraglichen oder besser rechtsgeschäftlichen Schadensersatzansprüchen und deliktischen Schadensersatzansprüchen von ganz außerordentlicher Bedeutung. Da ein Verschulden auch bei der positiven Forderungsverletzung Voraussetzung der Haftung ist, wie sich allgemein aus § 276 BGB. ergibt, so taucht die naheliegende Frage auf: „Muß bei der klageweisen oder sonstigen Geltendmachung einer positiven Forderungsverletzung der Gläubiger wie bei der auf Delikt gegründeten Klage das Verschulden des Schuldners oder muß umgekehrt der Schuldner in entsprechender Anwendung des § 282 BGB. (und auch des § 285 BGB.) seine Schuldlosigkeit nachweisen?“ Die große Bedeutung dieser Frage erkennt man, wenn man sich vor Augen hält, daß einmal die Fälle der positiven Forderungsverletzung in der Praxis äußerst häufig sind — denn es handelt sich in erster Linie um solche Fälle, in denen zwar erfüllt wird, aber dem Gläubiger durch die nicht ordnungsmäßige Erfüllung oder durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung ein anderweitiger Schaden an seinem Vermögen zugefügt wird, — und weiter, wie schon angedeutet die Frage der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei Schadensersatzklagen oft über den Ausgang des Prozesses entscheidet. Schwerwiegend sind die Folgen der verschiedenen Beweislastverteilung vor allem, wenn das Verschulden dritter Personen in Frage steht, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient; denn der Nachweis des Verschuldens bezw. der Schuldlosigkeit dieser dritten Person ist meist viel schwerer zu führen, als wenn das Verschulden bezgl. eigener Handlungen des Schuldners Gegenstand des Beweises ist. Die fast einhellige Meinung bejaht eine Haftung des Schuldners, wenn ein Erfüllungsgehilfe des Schuldners die positive Forderungsverletzung begeht. Es ist klar, daß hier

materiellrechtlich nur die analoge Anwendung des § 278 BGB. in Betracht kommen kann, da die ratio der Verschuldensvermutung des § 831 BGB. ja vermutetes eigenes Verschulden des Beklagten ist, wie zwingend aus der erleichterten Exkulpationsmöglichkeit hervorgeht. Nach § 278 BGB. haftet der Schuldner aber für jedwedes fremde Verschulden des Erfüllungsgehilfen. Läßt man den Gläubiger nach deliktischen Grundsätzen die Beweislast für das fremde Verschulden des Erfüllungsgehilfen tragen, so leuchtet ohne weiteres ein, daß ein solcher Nachweis, zumal dann, wenn die Einzelheiten der Verletzungshandlung nicht aufzuklären sind und lediglich feststeht, daß der Schaden durch die verletzende Handlung verursacht worden ist, oft sehr schwer wird erbracht werden können. Wenn auch schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, daß die unterschiedliche Beweislastverteilung bei vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen in Ansehung des Verschuldens durch die Erscheinung des Prima-facie-Beweises — d. h. durch die bei typischen Geschehensabläufen auf Grund der feststehenden Schadensverursachung Platz greifende tatsächliche Verschuldensvermutung, die den Beweisbelasteten der Führung des auf Grund des ersten Anscheins bereits erbrachten Hauptbeweises zunächst bis zur Erbringung des den Gegner des Beweisbelasteten sofort treffenden Gegenbeweises enthebt, — in ihrer Bedeutung abgeschwächt wird, so bleibt doch die Frage, ob hinsichtlich der Beweislast in Ansehung des Tatumstandes Verschulden bei der positiven Forderungsverletzung die „deliktische oder vertragliche Beweislastverteilung" Platz zu greifen hat, immerhin so bedeutungsvoll, daß sie eine eingehende Sondererörterung zu rechtfertigen vermag; denn die Klarstellung des Wesens des Prima-facie-Beweises wird zeigen, daß der durch den Beweis des ersten Anscheins Benachteiligte nur gegenbeweispflichtig ist, daß er nur die für das Verschulden sprechende tatsächliche Vermutung durch Gegenbeweis zu entkräften braucht, daß ihm eine Beweislast hinsichtlich seiner Schuldlosigkeit gar nicht obliegt und daß somit durch den Prima-facie-Beweis an der Beweislastverteilung gar nichts geändert wird [4]). Erbringt derjenige, zu dessen

4) Diese Auffassung des Prima-facie-Beweises ist, worauf noch näher einzugehen sein wird, nicht unbestritten; vgl. S. 127 ff. der Arbeit.

Gunsten der Prima-facie-Beweis wirkt, den Gegenbeweis, so wird der Kläger mit der Klage abgewiesen, sofern er nicht jetzt seinerseits den ihm obliegenden Hauptbeweis des Verschuldens des Beklagten erfolgreich führt. Hieraus ergibt sich also, daß die Erscheinung des Prima-facie-Beweises die Bedeutung der unterschiedlichen Beweislastverteilung bei deliktischen und auf Verletzung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Verpflichtungen beruhenden Schadensersatzansprüchen nur unwesentlich beeinträchtigen kann.

In der vorliegenden Arbeit soll nun der Versuch gemacht werden, unter eingehender Darlegung der Gründe, die für die dem § 282 BGB. (und dem § 285 BGB.) analoge Beweislastverteilung und die für die entgegengesetzte „deliktische" Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung sprechen, unter Abwägung dieser Gründe vor allem aus der Rechtsnatur der Haftung aus positiver Forderungsverletzung, aus der Begründung dieser Haftung aus dem Gesetz, aus der Stellung der positiven Forderungsverletzung im Rechtssystem, aus dem Vergleich zu den übrigen Verstößen gegen bestehende Schuldverbindlichkeiten, deren Folgen der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt hat, insbesondere auch aus der ratio der Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens bei Unmöglichkeit und Verzug, eine eigene feste Stellungnahme zu der Hauptstreitfrage nach der Beweislast bezgl. des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung zu begründen.

Die Erörterung dieser Hauptstreitfrage verdient umso größeres Interesse, weil die Praxis selbst unseres höchsten Gerichts zu dieser Frage äußerst widerspruchsvoll ist. So gibt es auf der einen Seite Entscheidungen des Reichsgerichts, die generell bei positiven Forderungsverletzungen den Beweis des Verschuldens dem Gläubiger auferlegen[5]). Als bekannteste Entscheidung, in welcher die Beweislast zu Lasten des Gläubigers entschieden wird, darf wohl die im 66. Bande angesprochen werden, die folgenden typischen Fall einer positiven Forderungsverletzung betrifft: „In dem als Pferdefutter verkauften Mais befinden sich giftige Rizinussamenkörner, an deren Genuß die Pferde des Käufers (Schadensersatzklägers) ein-

5) So z. B. RG.: 66, 291 (289).

gehen". In anderen Entscheidungen des Reichsgerichts[6]) wird klar und eindeutig ausgesprochen, daß umgekehrt bei positiver „Vertragsverletzung" der Schuldner seine Schuldlosigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes zu beweisen habe. Sogar für völlig gleichgelagerte Lebenstatbestände hat das Reichsgericht mit ausdrücklicher Begründung in einem Teil der Fälle die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens des Schuldners dem Gläubiger und zu dem anderen Teil dem Schuldner die Beweislast seiner bezw. seiner Erfüllungsgehilfen Schuldlosigkeit auferlegt. Es ist dies u. a. im folgenden Falle geschehen: Dem Gast wird statt der gekauften Flasche Selterswasser eine Flasche mit ätzender Flüssigkeit vorgesetzt, an deren Genuß er sich ernste Gesundheitsschädigungen zuzieht. Hier hat das Reichsgericht wiederholt den Gläubiger in Ansehung des Verschuldens des Schuldners für beweispflichtig erklärt[7]), während es noch öfter umgekehrt dahin entschieden hat, der Gastwirt (Schuldner) müsse seine Schuldlosigkeit nachweisen[8]). Andere Entscheidungen versuchen die positiven Forderungsverletzungen in Gruppen aufzuteilen, für welche eine verschiedene Beweislastverteilung gelten soll. Sie stellen es zum Teil darauf ab, ob der Schaden unmittelbar durch eine der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung oder ob er nur bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung entstanden ist[9]). So läßt auch die Reichsgerichtsentscheidung in JW. 1908 S. 236 jedenfalls dann den Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit treffen, wenn der Schaden von dem Vertragsschuldner durch eine nicht bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses, sondern gerade zwecks der Erfüllung vorgenommene Handlung, durch den Akt oder die Beschaffenheit der Vertragsleistung verursacht worden ist. In der gleichen Entscheidung wird ausgeführt, daß in anderen Fällen der positiven „Vertrags"-verletzung dem Schuldner nicht unbedingt und unter allen Umständen die Beweislast für die Beobachtung der schuldigen

---

6) So u. a. RG. im Recht 1916, Nr. 202 und RG. Warn. Rspr. 1915, Nr. 125, S. 179.

7) So z. B. RG. JW. 1912, S. 682 [5] = Recht 1912, Nr. 1593 = Gruch. Beitr., Bd. 56, S. 910 ff.

8) RG.: 97, 117; RG. im Recht 1914, Nr. 1968 u. a.; vgl. auch RG. in JW. 1908, S. 236 [9] = Seuff. Arch., Bd. 63, Nr. 201 = Warn. Rspr. 1908, Nr. 294.

9) So z. B. RG. in JW. 1923, S. 286 [3].

Diligenz aufzubürden sei. Neben den beiden Hauptauffassungen, der Beweislast des Gläubigers und der Beweislast des Schuldners, vertritt das Reichsgericht also noch eine dritte Ansicht, welche eine Differenzierung der positiven Forderungsverletzungen vornimmt und die Beweislast, sofern der Schaden durch eine gerade zwecks Erfüllung vorgenommene Handlung eingetreten ist, nach vertraglichen Grundsätzen (§§ 282, 285 BGB.) dem Schuldner auferlegt, und in den Fällen, in welchen der Schaden nur aus Anlaß des Vertragsverhältnisses und bei Gelegenheit der Erfüllung entstanden ist, den Gläubiger hinsichtlich des Verschuldens des Schuldners nach der bei auf Delikt gegründeten Klagen geltenden Beweislastverteilung für beweispflichtig erklärt. In der Entscheidung eines oberen Gerichtes [10]) wird übrigens in Verkennung der abstrakten Natur der Beweislastnormen, die einem Verzicht auf eine grundsätzliche Beweislastverteilung gleichkommende Ansicht vertreten, die Frage der Beweislast bezgl. des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung könne nicht ein für allemal einheitlich entschieden werden, sondern die Beweislastfrage lasse sich in Ermangelung gesetzlicher Beweisregeln nur von Fall zu Fall beantworten. Man kann demgemäß kaum sagen, daß die Rechtsprechung insbesondere die des Reichsgerichts zu unserer Hauptstreitfrage der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens besonders einheitlich wäre. Diese Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung ist nur zum Teil daraus zu erklären, daß in den Entscheidungen oft nicht klar genug ausgesprochen wird, ob man die Beweislastverteilung hinsichtlich der objektiv rechtswidrigen Verletzung oder des Verschuldens in einem bestimmten Sinne geregelt wissen will. Die beiden Fragen, wer muß die objektive Rechtsverletzung und wer das Verschulden beweisen, werden allerdings oft nicht scharf genug auseinandergehalten. Die Wertung der Entscheidungen in dem einen oder dem anderen Sinne wird auch dadurch erschwert, daß den Entscheidungen oft nicht zu entnehmen ist, ob man deswegen dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegt, weil man ihn für hauptbeweispflichtig hält oder nur deswegen, weil er auf Grund der objektiv feststehenden Rechtsverletzung im konkreten Fall die prima facie für sein Verschulden bestehende

10) Rspr. OLG. Bd. 82, S. 191 (OLG. Hamburg).

Vermutung im Wege des Gegenbeweises zu widerlegen hat. Manche Entscheidungen scheuen sogar nicht davor zurück, im Einzelfall mit der Begründung, daß prima facie ein Verschulden dargetan sei, die Frage, wen die „ursprüngliche" Beweislast treffe, glatt dahingestellt sein zu lassen [11]). Die grundsätzliche Unmöglichkeit eines solchen Verfahrens soll weiter unten noch näher aufgezeigt werden; denn, ob jemand hauptbeweisbelastet oder nur gegenbeweispflichtig ist, kann niemals gleichgültig sein und für die Entscheidung dahingestellt bleiben. — Vielfach wird in den Entscheidungen auch von positiver „Vertrags"-verletzung gesprochen, wenn es sich in Wirklichkeit um einen Fall der Unmöglichkeit oder auch des Verzuges handelt, wodurch die Unübersichtlichkeit der Rechtsprechung zu unserer Frage naturgemäß noch erhöht wird. Die Klarstellung und die Abgrenzung des Begriffes „positive Forderungsverletzung" ist daher notwendige Voraussetzung für eine Erörterung unserer Hauptstreitfrage. Schwierigkeiten wird hier vor allem die Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von der Unmöglichkeit einer Nebenverpflichtung bereiten. Nicht weniger als in der Rechtsprechung ist die Frage der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bezw. der Nichtschuld bei positiver Forderungsverletzung in der Wissenschaft umstritten. Die erdenklichsten Gründe werden für diese oder jene Ansicht ins Feld geführt. Bemerkenswert ist insoweit z. B., daß die beiden bedeutendsten Spezialwerke über Beweislastfragen, die Werke von Rosenberg und von Leonhard, zu der Hauptstreitfrage eine entgegengesetzte Ansicht vertreten [12]). Bei der gekennzeichneten Bedeutung der Streitfrage, besonders im Hinblick auf die äußerst widerspruchsvolle Praxis der Gerichte — zu Unrecht wird vielfach die Ansicht, die dem Gläubiger die Beweislast auferlegt, als die herrschende bezeichnet, — verlohnt es demnach der Mühe, diese Streitfrage einer eingehenden, spezialisierten Erörterung zu unterziehen [13]). Die vorstehende Arbeit soll also in erster Linie einen Beitrag zur Frage der

11) Vgl. z. B. die Hilfserwägung in Rspr. OLG.: Bd. 28, S. 191.

12) Rosenberg, S. 397 ff., tritt für die Beweislast des Schuldners, Leonhard, S. 364 ff., für die entgegengesetzte Ansicht ein.

13) Noch Pappenheim hat in JW. 1929, S. 2052 darauf aufmerksam gemacht, daß die Streitfrage des Verschuldensnachweises bei positiver Vertragsverletzung noch weiterer eingehender Untersuchung bedarf.

Beweislast hinsichtlich des Verschuldens liefern, das ja ohne Frage den im gesamten Rechtsgebiet bedeutungsvollsten Rechtsbegriffen zuzurechnen ist.

Soll die Erörterung und Behandlung der Frage der Beweislast in Ansehung des Verschuldens auch den Hauptgegenstand der Arbeit bilden, so soll doch daneben eine Anzahl von Beweislastfragen behandelt werden, die Bedeutung gewinnen, wenn in irgendeiner Form eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung geltendgemacht wird. Es handelt sich dabei allerdings zum weitaus größten Teil um solche Beweislastfragen, die allgemein bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen oder anderen aus Vertragsverletzungen oder aus der Verletzung bestehender rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen hergeleiteten Rechtsfolgen gleichermaßen, zum Teil auch bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung auftreten, und, die auch meist in gleicher Weise zu lösen sind. Es erscheint aber nicht nur aus Gründen der Vollständigkeit und Einheitlichkeit geboten, diese Beweislastfragen gerade auch für die positive Forderungsverletzung zu erörtern, sondern auch deswegen, weil aus der Beweislastverteilung hinsichtlich der äußeren Tatbestandsmerkmale einer positiven Forderungsverletzung gegebenenfalls auf Grund des wechselseitigen Einflusses von äußerem und innerem Tatbestand Schlüsse auf die Beweislast bezgl. des Verschuldens gezogen werden können. Die den äußeren Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung betreffenden Beweislastfragen sind daher zweckmäßig, — im übrigen auch aus Gründen der Logik, — vor der Hauptstreitfrage zu behandeln. Gegenstand der Erörterung soll demnach u. a. sein: die Frage der Beweislast bezgl. der verletzenden Handlung, hinsichtlich der Rechtswidrigkeit, des Eintrittes eines Schadens, der Verursachung, des Kausalitätsverlaufes und der Höhe des Schadens.

§ 3:

Begriff der positiven Forderungsverletzung.

I. Enthält der § 276 Abs. I S. 1 BGB. nur eine den Umfang der Haftung bestimmende „Gebotserläuterung" oder ist er selbst Haftungsgrundlage („generelle Haftungsnorm")?

Unter der Bezeichnung „positive Vertrags- oder Forderungsverletzung" werden auch heute noch in Rechtsprechung und Literatur bedenkenlos alle möglichen Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen zusammengefaßt, die zum überwiegenden Teil in Wirklichkeit nicht das Geringste mit diesem Begriff zu tun haben. Hinsichtlich des Begriffes „positive Forderungsverletzung" herrschen noch immer solch unklare Vorstellungen vor, daß eine Klarstellung des Begriffes unumgänglich ist.

Dem Gesetzgeber, der vor die Aufgabe gestellt wird, auf der Grundlage der Verschuldenhaftung die Rechtsfolgen schuldhafter Verstöße des Schuldners gegen bestehende Verpflichtungen zu normieren, — mögen diese nun auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz beruhen, — bieten sich hierbei grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten. Er kann einmal eine generelle Regelung befürworten und einen allgemeinen Rechtssatz aufstellen, nach welchem für schuldhafte Verstöße bei der Erfüllung, durch welche die Erfüllung irgendwie in Mitleidenschaft gezogen wird, in bestimmter Weise gehaftet wird. Diesen Weg hat z. B. das Preußische Allgemeine Landrecht in den §§ 285 ff., I, 5 für das Gebiet der vertraglichen Verpflichtungen beschritten. — Der § 285 ALR., der auch den Fall der culpa in contrahendo umfaßt, sich jedoch nur auf vorsätzliche und grobfahrlässige Verstöße bezieht, lautet:

> „Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem anderen sein g a n z e s Interesse vergüten."

Überdies bestimmt auch der § 277, I, 5 ALR. ganz allgemein, daß derjenige, der bei Erfüllung eines Vertrages sich ein grobes Versehen zuschulden kommen läßt, in allen Fällen zum Schadensersatz verpflichtet ist [1]). Einen darüberhinaus noch allgemeineren Schadensersatzanspruch statuiert das ALR. in den §§ 8, 10 ff., I, 6. — Der Gesetzgeber kann nun aber auch die Verletzungen von bestehenden Schuldverpflichtungen, mögen sie auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen, ihrer Art und Natur nach systematisch zergliedern, so z. B. in Unmöglichkeit und Verzug, und an diese Verletzungstatbestände Rechtsfolgen verschiedenster Art knüpfen. Endlich kann der Gesetzgeber in Befolgung des Grundsatzes „doppelt hält besser" die beiden vorerwähnten Möglichkeiten verkoppeln und sowohl eine generelle Haftungsnorm wie im Anschluß an gewisse Typen der Verletzung von Schuldverpflichtungen daneben auch spezielle Haftungsnormen im Gesetz erscheinen lassen. Ein fortentwickelteres Recht wird wohl auf gewisse spezielle Haftungsnormen, die z. B. an die Begriffe Unmöglichkeit und Verzug anknüpfen, nicht ganz verzichten können, da eine vollkommen einheitliche Ausgestaltung der Rechtsfolgen für alle Fälle von Verstößen gegen bestehende Verpflichtungen den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht gerecht werden würde.

Die Väter des BGB. haben geglaubt, mit der Regelung des Verzuges und der Unmöglichkeit sämtliche Fälle der schuldhaften Verletzung von Schuldverpflichtungen erfaßt zu haben [2]). In der Annahme, alle denkbaren Fälle der „Vertragsverletzungen" geregelt zu haben, verzichtete man auf die Normierung eines dem § 285 ALR. entsprechenden Rechtssatzes. Die Folgen der Verletzung von vertraglichen oder einseitig rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen wurden lediglich in Einzelbestimmungen niedergelegt, die sich teilweise auch im besonderen Teil des Schuldrechts vorfinden (vgl. z. B. §§ 545 Abs. II, 694 BGB.). — Zu Unrecht ist insbesondere früher vielfach behauptet worden, der § 276 Satz 1 BGB. enthalte eine generelle Haftungsnorm, da das „zu vertreten haben" gleichbedeutend

1) Vgl. auch die generelle Haftungsnorm des Artikels 1184, Code Civil.

2) So u. a. Werner im Recht 1903, S. 308; Förtsch, S. 681: Staub, Anhang zu § 374, Anm. 172.

3) So z. B. Crome II, S. 65; Planck zu § 276, Anm. 1 (noch in der 3. Aufl.).

mit schadensersatzpflichtig sei[3]). In letzter Zeit ist erneut von Himmelschein[4]) an Hand der Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB. nachzuweisen versucht worden, daß der § 276 Satz 1 BGB. nach dem Willen des Gesetzgebers eine generelle Haftungsnorm habe werden sollen, und daß dieser Wille allein durch die unglückliche Fassung, welche der § 276 Satz 1 auf Grund eines Redaktionsversehens erhalten habe, nicht klar genug zum Ausdruck gebracht worden sei. Himmelschein weist zunächst daraufhin, daß es äußerst unwahrscheinlich sei, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Materie wie die der „positiven Schlechterfüllung" ungeregelt gelassen haben sollte. Es sei dem Gesetzgeber nicht zuzutrauen, eine solch große Lücke im Gesetz gelassen zu haben[5]). Äußerlich trete der § 276 BGB. nicht in Gestalt einer Definition in Erscheinung; denn er bejahe die Frage an sit actio, da „vertreten", verantworten, haften, einstehen, nichts anderes bedeute als „die nachteiligen Folgen eines Umstandes auf sich nehmen". Daß der § 276 BGB. nicht zugleich auch die Frage quae sit actio bejahe und die Rechtsfolgen schuldhafter Verstöße festlege, sei folgendermaßen zu erklären: man habe verhindern wollen, daß der Schuldner nach seinem Belieben dem Gläubiger an Stelle der Naturalleistung die Leistung des Interesses aufdrängen könne, was nach Ansicht der Verfasser des BGB. möglich gewesen wäre, wenn in § 276 Satz 1 BGB. unmittelbar die Leistung des Interesses als Folge der verschuldeten Nichterfüllung festgelegt worden wäre. Gerade deswegen habe man die Unmöglichkeit als eine Voraussetzung des Schadensersatzanspruches eingeschaltet, damit der Gläubiger in den anderen Fällen, in welchen die Leistung noch möglich ist, vom Schuldner nicht auf das Interesse verwiesen werden könne, ein Ergebnis, das man auch durch eine fingierte perpetuatio obligationis habe erreichen können, welche Auffassung aber von dem Gesetzgeber abgelehnt worden sei (Motive II, S. 50). Nur zum Zwecke des Gläubigerschutzes heiße es daher im § 276 BGB. „vertreten" und nicht Schadensersatz leisten, obschon sich auch bei der Wahl des letzteren Ausdrucks am Gegenstand der Obligation im Hinblick auf § 249 BGB. — abgesehen vom Falle der Unmög-

4) Himmelschein im Arch. zivil. Praxis, Bd. 135, S. 255 ff.

5) Derselbe, S. 268.

lichkeit — nichts geändert haben würde[6]). Die Stellung des § 276 BGB. inmitten der Unmöglichkeitsvorschriften erkläre sich aus der Angst, daß die Unmöglichkeitsvorschriften anderenfalls leicht hätten übersehen werden können, aus welchem Grunde allein der frühere § 224 des ersten Entwurfs des BGB. von seiner ursprünglichen Stellung an seine heutige Stelle gesetzt worden sei[7]). Der § 224 E 1 habe gelautet: „der Schuldner haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit". Die Redaktionskommission habe nun — so führt Himmelschein aus — nicht nur an Stelle des Wortes „haften" das Wort „vertreten" eingesetzt, sondern auch dadurch einen völlig verkehrten Eindruck hervorgerufen, daß sie den Ausdruck „Nichterfüllung" einfach gestrichen habe. Nach Himmelschein ist also diese Streichung deswegen geschehen, damit „die Nichterfüllung nicht die Unmöglichkeit überschatte und die Juristen nicht in Versuchung bringe, die Primärleistung ohne weiteres in eine Ersatzleistung umzuwandeln"[8]). Es ist das Verdienst Heck's[9]), an Hand einer äußerst eingehenden Untersuchung der Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB. gegenüber der von Himmelschein vertretenen Ansicht überzeugend nachgewiesen zu haben, daß ein Redaktionsversehen nicht vorliegt. Heck weist treffend darauf hin, daß der Gegensatz zwischen Naturalleistung und Ersatzleistung damals noch gar nicht Gegenstand der Beratungen der Kommission gewesen ist, und daß keiner der zu § 224 (jetzigem § 276 BGB.) gestellten Anträge diesen Gegensatz auch nur berührt hat. Für die Umstellung des § 224 E 1 und die Einreihung in die Unmöglichkeitsvorschriften, die auf Grund der Beschlüsse der II. Kommission und des von dieser erteilten Redaktionsauftrages vorgenommen worden ist, kann auch nicht die Angst maßgeblich gewesen sein, die Unmöglichkeitsvorschriften könnten verdeckt werden; denn in dem Zeitpunkt, in welchem der Redaktionsauftrag erteilt wurde, waren die „Störungstatbestände" Unmöglichkeit und Verzug gar nicht Gegenstand der Beratung[10]). Es muß zugegeben

6) Zu Vorstehendem vgl. Himmelschein, S. 270, 271, 273, 274, 276.
7) Himmelschein, S. 278.
8) Himmelschein, S. 279.
9) Heck im Arch. ziv. Praxis, Bd. 137, S. 259 ff.
10) Heck, S. 267.

werden, daß die Vorschrift des § 224 des E I zweideutig gefaßt ist, so daß aus ihr unter Umständen eine generelle Haftungsnorm entnommen werden könnte. Wenn es aber im Satz 2 des § 224 Abs. I in E I heißt: „der Schuldner haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit", so enthält dieser Satz bei isolierter Betrachtung lediglich die Abgrenzung des Umfanges der Haftung und nicht die Begründung einer Haftung selbst. Wenn man allerdings den Satz 2 im Zusammenhang mit dem später wieder gestrichenen Satz 1 betrachtet, der lautete „der Schuldner ist verpflichtet, die ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken", so könnte diese Auslegung vielleicht doch wieder zweifelhaft erscheinen. Diese Zweifel werden aber durch die Motive ausgeschaltet, in welchen mit keinem Worte von einer generellen Haftungsnorm die Rede ist[11]). Behoben werden die Zweifel aber vollends durch die Beschlüsse der II. Kommission und den von ihr erteilten Redaktionsauftrag. Der Satz 1 des § 224 Abs. I wurde gestrichen. Zu Satz 2 heißt es in dem Kommissionsbericht wörtlich: „Der Satz 2 des Abs. I wurde gebilligt, der Prüfung durch die Redaktionskommission wurde anheimgegeben, ob sich nicht durch eine andere Fassung verdeutlichen lasse, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen als feststehend gelte, daß die Verbindlichkeit nicht erfüllt werde, und der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne, nicht hier, sondern erst in den §§ 237 ff. zur Entscheidung gelange". — Der § 237 E I entspricht dem heutigen § 275 BGB.[12]). — Wenn es hier heißt, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit als nicht erfüllt zu gelten habe, nicht im § 224 Abs. I entschieden werden sollte, so kann man unmöglich sagen, daß § 224 eine generelle Haftungsnorm werden sollte; denn, was unter Nichterfüllung zu verstehen ist, ist hier ja bewußt für die nachfolgende Regelung offengelassen worden. Aus diesem Grunde ist auch das Wort „Nichterfüllung" von der Redaktionskommission bewußt gestrichen worden. Durch die Erwähnung der Nichterfüllung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers der Regelung der Fälle der Nichterfüllung, insbesondere von Unmöglichkeit und Verzug, der sog. Störungs-

11) Heck, a. a. O., S. 263, insbesondere auch daselbst Anm. 10.

12) Heck, S. 264, 265; siehe auch die Prot. 46, II, S. 302 zu § 224 u. S. 303.

:atbestände nicht vorgegriffen werden [13]). Der § 224 sollte also lediglich bestimmen, für welche Arten des Verschuldens grundsätzlich gehaftet wird. Wie der Redaktionsauftrag, insbesondere auch der Hinweis auf die §§ 237 ff. (jetzigen §§ 275 ff. BGB.) zeigt, sollte § 224 nicht selbst unmittelbar Haftungsgrundlage werden. Die Annahme eines Redaktionsversehens muß nach allem als ausgeschlossen betrachtet werden. Die Redaktionskommission hat sich des ihr erteilten Auftrages dadurch entledigt, daß sie den § 224 des E 1 als § 276 BGB. in die Unmöglichkeitsvorschriften einfügte. Dadurch, daß sie ihn unmittelbar dem § 275 BGB. folgen ließ, in dem zum ersten Mal das Wort „vertreten" verwandt wurde, hat sie durch die Stellung zum Ausdruck gebracht, daß § 276 Satz 1 BGB. nur eine Erläuterung des Verantwortungsbegriffes „vertreten" enthalten sollte. H e c k hat überzeugend dargetan [14]), daß die Bestimmung des § 276 BGB. umgekehrt vor § 275 BGB., die sich als eine die Haftung verneinende Spezialbestimmung darstellt, die Regel vor der die Haftung ausschließenden Ausnahme hätte stehen müssen, wenn in § 276 BGB. die Normierung einer generellen Haftungsnorm beabsichtigt worden wäre. Die Redaktionskommission ist aber auch insoweit dem ihr erteilten Auftrag voll und ganz nachgekommen, als sie durch die Streichung der Worte „Nichterfüllung einer Verbindlichkeit" kenntlich gemacht hat, daß § 276 BGB. nur den Umfang der Haftung im Falle der Nichterfüllung festlegen sollte. Abschließend ist festzustellen, daß der § 276 Satz 1 BGB. nach Wortsinn und Stellung, deren entscheidende Bedeutung an Hand der Entstehungsgeschichte aufgezeigt worden ist, in der Tat nichts anderes als eine „Gebotserläuterung" ist, nichts anderes als eine Definition des Begriffes der zivilrechtlichen Schuld [15]), des „Vertretens" und eine Festlegung des Umfanges dieses Vertretenmüssens enthält, von dem sowohl in dem vorhergehenden § 275 wie in den folgenden §§ 278, 279, 280, 282, 285 BGB. die Rede ist [16]). Auch die im § 276 Abs. I, S. 3 BGB. enthaltene Verweisung auf die Bestimmungen der §§ 827, 828 BGB., welche den durch Unzurechnungsfähigkeit bedingten Ausschluß der Haftung betreffen, bestätigt diese Annahme. Der Ausdruck „der Schuldner hat etwas

13) H e c k, S. 267.
14) H e c k, S. 261.
15) So S t a u b, S. 7.

zu vertreten" wird im übrigen vom Gesetz in keinem einheitlichen Sinne verwendet und ist jedenfalls nicht gleichbedeutend mit schadensersatzpflichtig, wie aus den § 460, 461, 645 Abs. 1 BGB. unschwer entnommen werden kann, da eine Schadensersatzpflicht hier überhaupt nicht in Betracht kommt. Vertreten ist vielmehr gleichbedeutend mit Einstehen und Haften, und der § 276 BGB. bestimmt somit lediglich den regelmäßigen Umfang der Haftung im Schuldrecht.

II. Klarstellung des Begriffes und Abgrenzung der „positiven Forderungsverletzung" von anderen Erfüllungsverstößen. Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten keine pos. Forderungsverletzungen.

Es besteht daher tatsächlich eine Lücke im Gesetz, da, wie bereits betont, nicht alle „Erfüllungsverstöße" unter den Begriff der Unmöglichkeit oder des Verzuges gebracht werden können. Es handelt sich hierbei in der Hauptsache um solche Fälle, in welchen zwar die Erfüllung selbst vorgenommen, aber bei der Erfüllung, entweder

a) durch die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes oder

b) durch die Art der Vornahme der Erfüllung, — verursacht durch eine schuldhafte Handlung des Schuldners, — dem Gläubiger an seinem Vermögen ein Schaden zugefügt wird, und zwar in den Fällen zu a) ein Schaden, der über den in der schlechten Beschaffenheit des Erfüllungsgegenstandes selbst liegenden Schaden hinausgeht. Im § 2 haben wir bereits einen typischen Fall einer positiven Forderungsverletzung kennengelernt, bei welcher der über das Erfüllungsinteresse hinausgehende Schaden durch die nicht ordnungsmäßige Beschaffenheit des Erfüllungsgegenstandes verursacht worden ist: „in dem als Pferdefutter verkauften Mais befinden sich Rizinussamenkörner, durch deren Genuß die Pferde des Käufers eingehen." Ähnliche Fälle, in welchen durch die nicht ordnungsmäßige Erfüllung auf Grund der schlechten Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes ein anderweitiger Schaden zugefügt wird, sind bereits den Digesten bekannt, so z. B. der Fall, in welchem dem Gläubiger durch den Verkauf eines faulen Balkens oder eines

16) So u. a. von Blume in Jher. Jhbch. Bd. 55, S. 232.

kranken Tieres (Dig. 19, 1, 13 pr.) durch den Verkauf oder die Vermietung schadhafter Weingefäße (Dig. 19, 1, 6, 4; 19, 2, 19, 1) ein anderweiter Schaden zugefügt wird. Als Beispiel eines Falles einer positiven Forderungsverletzung zu b) sei folgendes genannt: „bei der dem Schuldner obliegenden Überführung einer Sache in das Haus des Gläubigers wird die Haustür beschädigt [17]), oder beim Einsetzen eines zersprungenen Fensters stößt der Glaser mit dem Ellbogen die benachbarte Fensterscheibe ein. In den Fällen zu b) ist im Gegensatz zu den Fällen unter a) die Erfüllung selbst fehlerlos. Lediglich durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung wird der Schaden verursacht. Die Erfüllungswirkung tritt hier somit regelmäßig ein. Bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses können die Fälle unter b) zeitlich in zwei Studien auftreten, einmal bei Vornahme der Erfüllung selbst und zum anderen bei der Vorbereitung der Erfüllung und bei der Bereithaltung der Erfüllungsleistung [18]). Schuldhafte Verletzungen vor diesem Zeitpunkt in einem noch früheren Stadium, also bei Abschluß des Vertrages, die sog. culpa in contrahendo sind aus dem Begriff der positiven Forderungsverletzung auszuscheiden. Wenn auch ohne weiteres ersichtlich ist, daß die Haftungsfälle der positiven Forderungsverletzung und des Verschuldens bei Vertragsschluß viel Verwandtes miteinander haben, so liegt doch ein tiefgreifender Unterschied darin, daß bei der culpa in contrahendo im Gegensatz zur positiven Forderungsverletzung vertragliche oder gesetzliche Verbindlichkeiten und insbesondere vertragliche Treuepflichten noch nicht bestehen, die Gegenstand einer Verletzung sein könnten. Auch deswegen rechtfertigt sich — abgesehen von Zweckmäßigkeitsgründen — die getrennte Behandlung der Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß und der Lehre von der positiven Forderungsverletzung, weil es sich bei der positiven Forderungsverletzung notwendig immer um Verstöße handeln muß, die zu der Erfüllung in einem inneren Zusammenhang stehen, und die Lehre von der Nichterfüllung und der nicht ordnungsmäßigen Erfüllung ein in sich geschlossenes Rechtsgebiet darstellt. Der Übersichtlichkeit halber sollen die Fälle der positiven Forderungsverletzung unter a) und b) unter

17) Ein Beispiel von Zitelmann, S. 276.

18) Henle, S. 486.

dem Namen „positive Forderungsverletzung im engeren Sinne" zusammengefaßt und als Gruppe I der „Forderungsverletzungen" bezeichnet werden. Gemeinsame Voraussetzung der Fälle dieser Gruppe I ist, daß die schädigende Handlung stets in Erfüllung der Verbindlichkeit erfolgt, d. h. in einer auf Erfüllung abzielenden Tätigkeit vorbereitender oder ausführender Natur erfolgt und nicht bloß bei Gelegenheit der Erfüllung vorgenommen wird. Die schädigende Handlung muß also zu dem Erfüllungszweck in einem inneren Zusammenhang stehen [19]). Ist dies nicht der Fall, so kann nur eine deliktische Haftung Platz greifen. Der innere Zusammenhang fehlt z. B. auch dann, wenn der Vertrag nur als Mittel zur Begehung einer unerlaubten Handlung geschlossen worden ist [20]). Eine weitere Voraussetzung der Fälle der Gruppe I ist, daß dem Gläubiger an seinem Vermögen ein Schaden zugefügt wird, der mit dem Erfüllungsinteresse selbst nichts zu tun hat und der im Falle einer positiven Forderungsverletzung zu a) über den in der schlechten Erfüllung selbst liegenden Schaden hinausgeht. Es muß dem Gläubiger neben dem etwaigen Erfüllungsschaden ein „anderweiter" Schaden beigebracht worden sein. Ebenso wie das positive Interesse an der guten Erfüllung, (Erfüllungsinteresse) von dem „negativen Vertragsinteresse" oder Vertrauensinteresse, d. h. dem Schaden, den jemand dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vertraut, abzugrenzen ist, muß es auch von dem durch positive Forderungsverletzung zugefügten „anderweiten" Vermögensschaden unterschieden werden [21]), der durch das positive Interesse nicht gedeckt wird [22]).

Während man sich allgemein darüber einig ist, daß die Fälle unter I a und b positive Forderungsverletzungen sind, mag auch im Einzelfall die Abgrenzung von der Unmöglichkeit einer Nebenpflicht Schwierigkeiten bereiten, so trifft dies nicht zu hinsichtlich einer zweiten Gruppe von Verstößen bei Erfüllung

---

19) Die Grenze zwischen der in Erfüllung und der nur bei Gelegenheit der Erfüllung vorgenommenen Handlung ist genau so zu ziehen, wie sie von der Rechtsprechung zu § 278 BGB. gezogen worden ist.

20) Lent, II, S. 278.

21) von Blume in Jher. Jhbch.: Bd. 55, S. 224, 225; and. Ans. Krückmann in Jher. Jhbch. Bd. 59, S. 328.

22) Freitag, S. 34.

einer Verbindlichkeit. Es sind dies die Fälle der „aktiven Unmöglichkeit" und „aktiven Verschlechterung" [23]). Die Unmöglichkeit und die Verschlechterung der Leistung wird hier durch eine positive Handlung des Schuldners herbeigeführt. — Die Nichterfüllung (Unmöglichkeit und Verzug) ist nämlich vom Gesetz ursprünglich als etwas rein Negatives empfunden worden. An den Fall, daß die Unmöglichkeit oder eine Verschlechterung der Erfüllungsleistung nicht nur durch Unterlassung, sondern auch durch eine positive Handlung herbeigeführt werden kann, scheint der Gesetzgeber nicht gedacht zu haben; denn das Gesetz stellt die Unmöglichkeit nur als Ursache für die Nichtleistung hin und nicht umgekehrt die Unmöglichkeit als Folge einer Nichtleistung. Trotzdem erscheint es jedoch verfehlt, diese aktive Unmöglichkeit nicht als Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes gelten lassen zu wollen [24]); denn die weite Fassung des § 280 BGB. „die Leistung wird unmöglich" läßt es zu, auch diese Fälle zwanglos dem Gesetz zu subsumieren. Es ist auch in der Tat nicht ersichtlich, weswegen z. B. der Verlust einer verkauften und noch nicht übergebenen Speziessache, der dadurch eingetreten ist, daß die Sache infolge mangelhafter Bewachung gestohlen worden ist, eine Unmöglichkeit der Leistung begründen und die vorsätzliche oder fahrlässige Zerstörung der Sache durch den Schuldner keine Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes sein soll. Man braucht deswegen die Fälle der positiven Unmöglichkeit nicht unter dem besonderen Begriff der positiven Forderungsverletzung im weiteren Sinne zusammenzufassen. So unterscheidet z. B. Henle [25]) stets zwischen aktiver und negativer Nichterfüllung und bezeichnet die aktive Nichterfüllung als positive Forderungsverletzung im weiteren Sinne. Wie noch zu zeigen sein wird, ist aber überhaupt eine Systematik der schuldhaften Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit auf Grund der Feststellung, ob der Verstoß in einer Handlung oder Unterlassung besteht, unmöglich.

Die schuldhaft nach Vertragsabschluß verursachte Mangelhaftigkeit der Leistung ist teilweise Nichterfüllung. Bei Heilbarkeit des Mangels ist ein Verzug, bei Unheilbarkeit eine

---

23) Henle, S. 485.

24) And. Ans.: Rogowski, S. 317.

25) Henle, S. 485.

teilweise Unmöglichkeit gegeben [26]). Der Begriff „teilweise" in § 280 BGB. setzt nicht eine teilbare Leistung voraus. Auch die Motive – vgl. § 240 E I — fassen die vom Schuldner zu vertretende mangelhafte Leistung als teilweise qualitative Unmöglichkeit der Leistung auf. Ist also die nach Vertragsabschluß eingetretene Verschlechterung des Leistungsgegenstandes auf ein positives schuldhaftes Handeln des Schuldners zurückzuführen, so steht nicht eine positive Forderungsverletzung, sondern eine teilweise qualitative Unmöglichkeit der Leistung in Frage. Wenn der Verwahrer z. B. die ihm zur Verwahrung übergebene Sache in beschädigtem Zustande zurückgibt, so ist ihm, selbst wenn die Beschädigung auf eine positive Handlung zurückzuführen ist, nach der hier vertretenen, jedoch keineswegs unbestrittenen Auffassung die Verwahrung und Erhaltung der Sache in dem ihm übergebenen Zustande teilweise unmöglich geworden. Zusammenfassend ist festzustellen, daß die aktive Unmöglichkeit und die aktive Verschlechterung der Leistung in dem dargelegten Sinne nicht positive Forderungsverletzungen sind, und zwar u. a. auch deswegen, weil bei diesen Erfüllungsverstößen ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden gar nicht entsteht. Die Ansicht, die diese Erfüllungsverstöße als positive Forderungsverletzungen bezeichnet und behandelt [27]), ist daher abzulehnen. Das Wesen der positiven Forderungsverletzung besteht eben nicht darin, daß gerade durch eine positive Handlung dem Gläubiger ein Schaden zugefügt wird, sondern darin, daß ein Schaden verursacht wird, der nicht durch das Erfüllungsinteresse gedeckt wird; denn eine positive Forderungsverletzung kann auch durch Unterlassen begangen werden, z. B., wenn der Schuldner es unterläßt, eine dem Leistungsgegenstande während der Erfüllung von außen drohende Gefahr abzuwenden, wodurch nicht nur eine schlechte Erfüllung, sondern mittelbar auch durch die schlechte Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes dem Gläubiger ein anderweiter Schaden zugefügt wird. Diese durch Unterlassung

---

26) So z. B. Enneccerus zu § 270, III; Kiehl in Gruch. Beitr.: Bd. 60, S. 610; Titze, Unmöglichkeit, S. 274 ff.; Kisch, Unmöglichkeit, S. 194; Goldmann-Lilienthal, Bd. I, § 85, III; and. Ans. Krückmann, Unmöglichkeit, §§ 5, 6, S. 168 ff.; Freitag, S. 20 ff. u. a.

27) So z. B. Rosenberg, S. 401—403; der hier vertretenen Ansicht auch Leonhard, S. 334, 335.

begangene Verletzung bestehender Nebenverpflichtungen, die aus dem Schuldverhältnis ihren näheren Inhalt erhalten, bezeichnet man auch wohl als negative Forderungs- bezw. Vertragsverletzungen [28]).

Als positive Forderungsverletzungen werden von der herrschenden Lehre allgemein und unterschiedslos sämtliche Verstöße gegen Nebenpflichten behandelt, obschon in vielen Fällen lediglich von einer Nichterfüllung (Unmöglichkeit oder Verzug) die Rede sein kann. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen selbständigen und unselbständigen Nebenpflichten. Bei der selbständigen Nebenverpflichtung handelt es sich um eine selbständig neben der Hauptleistungsverpflichtung stehende Verpflichtung, auf deren Erfüllung regelmäßig nicht selbständig geklagt werden kann. Als Beispiel einer solchen selbständigen Nebenverpflichtung sei hier die Verpflichtung des Mieters genannt, die Mietsache während der Mietzeit in vertragsmäßigem Zustande zu erhalten. Diese selbständige Verpflichtung bestimmt in der Regel in keiner Weise den Umfang der Hauptleistungsverpflichtung (bei der Miete die Entrichtung des vereinbarten Mietzinses) und die Art und Weise, in welcher die Hauptleistung zu erfüllen ist. Die Verletzung der selbständigen Nebenpflicht kann sich sowohl als Nichterfüllung wie als positive Forderungsverletzung darstellen. So ist es Unmöglichkeit, wenn der Mieter die gemietete Sache auf Grund schuldhaften Verhaltens zugrundegehen läßt und aus diesem Grunde seiner Rückgabeverpflichtung nicht nachkommen kann und positive Forderungsverletzung, wenn z. B. der Käufer einer Maschine bei Erfüllung seiner Abnahmeverpflichtung (§ 433, Abs. II BGB.) dem Verkäufer durch Unvorsichtigkeit einen Schaden an seiner Gesundheit zufügt.

Der Schuldner ist verpflichtet, nicht nur zu erfüllen, sondern ordnungsmäßig zu erfüllen. Ihn trifft die Verpflichtung, alles zu tun, was den Erfüllungserfolg herbeizuführen und sicherzustellen geeignet ist, und alles zu unterlassen, was den Eintritt des Erfüllungserfolges gefährden und die Erfüllungswirkung rechtlich oder wirtschaftlich beeinträchtigen könnte. Der Schuldner ist hiernach also insbesondere verpflichtet, die Erfüllung in einer solchen Form vorzunehmen, daß dem Gegner

28) So Loewenwarter zu § 276, S. 61.

kein „anderweiter" Schaden an seinem Vermögen zugefügt wird. Aus dieser den Schuldner treffenden Treuepflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung entspringen im Einzelfall zahlreiche Pflichten mit ganz konkretem, teils positivem, teils negativem Inhalt, der gemäß § 157 BGB. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln ist[29]). Diese Einzelpflichten, die besagen, was der Schuldner im einzelnen zu tun und zu unterlassen hat, um seiner Leistungspflicht zu genügen, bezeichnet man als unselbständige Nebenpflichten, unselbständig deswegen, weil sie gegenüber der Leistungspflicht kein rechtliches Eigendasein führen, sondern nur die nähere Ausgestaltung der Leistungspflicht für den konkreten Fall sind. Trotzdem sind es jedoch echte Verpflichtungen. Ihre Verletzung kann ein Fehlschlagen der Leistung (Unmöglichkeit) oder eine Verzögerung der Leistung zur Folge haben. Sie kann jedoch auch eine positive Forderungsverletzung begründen, und zwar insbesondere dann, wenn solche unselbständigen Nebenpflichten verletzt werden, die dem Schuldner die Verpflichtung zu einer ganz bestimmten Art der Erfüllungsvornahme auferlegen. (Positive Forderungsverletzung der Gruppe I b). Es gibt nun auch solche unselbständigen Nebenpflichten, die nicht nur im Einzelfall, sondern generell den Inhalt der Hauptleistungspflicht erweitern und bestimmen. So trifft z. B. die Eisenbahn die unselbständige Nebenpflicht, den Fahrgast bei der Beförderung nicht an seiner Gesundheit zu schädigen. Diese unselbständige Nebenverpflichtung legt den Umfang der Hauptleistungspflicht generell dahin fest, daß nicht allein die Beförderung, sondern auch die Erhaltung der Gesundheit als Hauptleistung geschuldet wird. Die Verletzung dieser Erhaltungspflicht ist daher teilweise Unmöglichkeit der Hauptleistung. So ist es z. B. Unmöglichkeit, wenn die zu befördernde Sache auf dem Transport zerstört wird, und demgemäß teilweise Unmöglichkeit, wenn sie nur beschädigt wird. Die Verletzung unselbständiger Nebenpflichten begründet also keineswegs immer eine positive Forderungsverletzung. Entscheidend ist vielmehr, ob durch die Verletzung der unselbständigen Nebenpflichten ein durch das Erfüllungsinteresse nicht erfaßter Schaden verursacht worden

29) Vgl. hierzu Weilbauer: „die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben" (1922).

ist oder ob die Verletzung nur zu einem gänzlich oder teilweisen Fehlschlagen der Hauptleistung selbst geführt hat.

Der Begriff der positiven Forderungsverletzung wird überhaupt dadurch verdunkelt, daß vielfach sämtliche positiven Verstöße gegen bestehende Verpflichtungen, die nicht als Unmöglichkeit oder Verzug aufgefaßt werden können, als „positive Vertragsverletzungen" bezeichnet werden [30]). So weist insbesondere auch die III. Gruppe von Verstößen gegen bestehende Schuldverpflichtungen keinerlei Verwandtschaft zu den Verstößen der Gruppe I, den positiven Forderungsverletzungen im engeren Sinne, auf. Es sind dies die ernsthaften Verstöße gegen vertragliche Treuepflichten, welche — insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen — den Vertragszweck gefährden, das bestehende Vertrauensverhältnis zerstören, z. B. die bestimmte Erfüllungsweigerung, Aufstellung willkürlicher Bedingungen, unter Umständen beleidigendes Verhalten oder eine unerlaubte Handlung des Schuldners (so z. B. § 824 BGB.) usw. Bei diesen Verstößen, die gleichfalls allgemein als positive Vertragsverletzungen bezeichnet werden [31]), handelt es sich zumeist um solche, die gar nicht bei Vornahme der Erfüllung begangen werden und daher auch nicht zu dieser in einem inneren Zusammenhang stehen, sondern um Zerstörung der Vertragsgrundlage, die dem Gegner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als nicht zumutbar erscheinen läßt und ihm ein Rücktrittsrecht verleiht. Soweit hier ausnahmsweise ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden verursacht wird, z. B. durch eine den Tatbestand des § 824 BGB. erfüllende Handlung, ist der Zusammenhang regelmäßig ein solch loser, daß Schadensersatz nur aus dem Rechtsgrunde der unerlaubten Handlung verlangt werden kann, wenn auch dem Gläubiger in einem solchen Falle unter Umständen das Festhalten am Vertrage nicht zugemutet werden kann und ihm gemäß § 242 BGB. ein Rücktrittsrecht zuzubilligen ist. Die ernsthafte Erfüllungsweigerung kann im übrigen auch als Selbstinverzugsetzung behandelt und der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, ohne daß es in diesem Falle einer besonderen Inverzugsetzung bedarf, unmittelbar auf die Verzugsbestimmungen

30) Vgl. RG. LZ. 1925, S. 1270 und RG. in JW. 1936, S. 2391 [7].

31) Enneccerus zu § 278, 4, I, b, c, d; vgl. z. B. RG.: 140, 378.

gegründet werden. Es dürfte jedenfalls zweckmäßig sein, diese meist noch vor Beginn der Erfüllung liegenden Verstöße, die gleichfalls eine Regelung im Gesetz nicht gefunden haben, aus der Lehre von der positiven Forderungsverletzung auszuscheiden und den Begriff der positiven Forderungsverletzung auf die Verstöße bei Ausführung und Vorbereitung der Erfüllung selbst zu beschränken, die in dem dargelegten inneren Zusammenhang zu dem Leistungsgegenstand oder der Erfüllungshandlung stehen. Allenfalls mögen die Fälle der Gruppe III als positive Forderungsverletzungen im weiteren Sinne bezeichnet werden, sofern man sich der verschiedenen Natur der unter I und III genannten Fälle bewußt bleibt.

Es kann heute als gesicherte Erkenntnis in der Lehre von der positiven Forderungsverletzung angesehen werden, daß eine weitere Gruppe (IV) von positiven Erfüllungsverstößen, die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten, nicht positive Forderungsverletzungen sind, vielmehr im BGB. selbst eine ausdrückliche Regelung gefunden haben. Man ist sich darüber einig, daß die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten, die bei Staub, dem eigentlichen Begründer der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, noch den breitesten Raum einnehmen, unmittelbar auf Grund der Bestimmungen über Unmöglichkeit und ausnahmsweise auch über Verzug zur besten Zufriedenheit gelöst werden können[32]). Wenn zu Beginn des allgemeinen Teils des Schuldrechts im § 241 BGB. vorausgeschickt wird, daß die Leistung, welche der Gläubiger auf Grund eines Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, auch in einem Unterlassen bestehen kann, so kann unmöglich angenommen werden, daß die folgenden Rechtssätze des allgemeinen Teils, welche Regeln über die Nichterfüllung der Leistung, über Unmöglichkeit und Verzug enthalten, sich schlechthin nicht auf

---

32) So vor allem Kipp in DJZ. 1903, S. 253 ff.; Siber in Jher. Jhbch. Bd. 50, S. 181; Lesser, 1906, S. 23 ff.; Kiß im Arch. f. bürg. Recht: 31, S. 175 ff.; Lehmann im Arch. ziv. Prax., Bd. 96, S. 60 ff.; von Blume in Jher. Jhbch., Bd. 55, S. 209 ff.; Rogowski im ziv. Arch., Bd. 104, S. 323; Kohler, Lehrbuch, S. 40, 42, 88 f., 254, 255; so auch das RG.; vgl. insbesondere RG. 54, 287, wo das Reichsgericht sich zu dieser herrschenden Ansicht bekennt, nachdem es in der Entscheidung in DJZ. 1903, (Jhgg.: 8) S. 215 vorübergehend die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht als eine positive Vertragsverletzung bezeichnet hatte.

Unterlassungsverbindlichkeiten beziehen sollten, wenn auch zuzugeben ist, daß diese Bestimmungen äußerlich mehr auf positive Leistungspflichten zugeschnitten sind und nicht alle Bestimmungen über die Nichterfüllung auf Unterlassungsverbindlichkeiten angewendet werden können. Jedenfalls läßt sich die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht immer dann zwanglos als Unmöglichkeit der Leistung auffassen, wenn das Unterlassen, sofern die Zuwiderhandlung einmal erfolgt ist, nicht mehr nachgeholt werden kann. Nur ganz ausnahmsweise kann auch ein Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten in Betracht kommen, und zwar in dem äußerst seltenen Fall, in welchem die Verpflichtung darin besteht, in einem nur seiner Dauer, aber nicht seiner zeitlichen Lage nach festgelegten Zeitraum etwas zu unterlassen[33]). Der Streit der Meinungen darüber, ob bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten Unmöglichkeit oder Verzug oder beide nebeneinander als unmittelbare Haftungsgrundlage in Betracht kommen, — Verzug setzt jedenfalls die Nachholbarkeit der Leistung voraus — braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Als positive Forderungsverletzungen lassen sich die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungsverbindlichkeiten schon deswegen nicht auffassen, weil der durch eine Zuwiderhandlung verursachte, Schaden sich im Rahmen des Erfüllungsinteresses hält. Zur Begründung der heute überwundenen Ansicht, daß Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten positive Forderungsverletzungen seien, führt Staub[34]) eigentlich nur das natürliche Sprachgefühl ins Feld, indem er die gegenteilige Auffassung, die eine Nichterfüllung als vorliegend erachtet, als verkünstelt und verschraubt bezeichnet. Wenn Staub vorträgt, die in Rede stehenden §§ 275 ff. BGB. bezögen sich „zweifelsohne" nur auf positive Leistungen, so kann dies im Hinblick auf § 241 BGB. als eine überzeugende Begründung nicht angesprochen werden[35]).

Es ist von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen worden, daß sich die Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I stets auch auffassen ließen als Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungspflicht, und zwar gegen die Pflicht, bei der Erfüllung alles zu unterlassen, was den Gläubiger irgend-

33) Zitelmann, S. 271.

34) Staub, S. 9, 35.

35) Rogowski, a. a. O., Bd. 104, S. 323.

wie schädigen könnte[36]). Lehmann[37]) geht sogar so weit, zu sagen „Jede positive Vertragsverletzung ist zugleich Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht", wobei er aber die Einschränkung macht, daß die Unterlassungspflicht sehr verschiedener Natur sein könne. Im Hinblick hierauf ist es unumgänglich, kurz die Unterlassungspflichten ihrer Natur nach zu zergliedern und festzustellen, welche Unterlassungspflichten denn nun nicht Gegenstand einer positiven Forderungsverletzung sein können und welche Unterlassungspflichten daher aus dem Begriff der positiven Forderungsverletzung auszuscheiden sind. Die Unterlassungspflichten lassen sich einteilen in:

1.) selbständige Unterlassungspflichten, bei welchen die Verpflichtung zum Unterlassen selbständig neben oder an die Stelle der positiven Leistungspflicht tritt, und

2.) unselbständige oder sekundäre Unterlassungspflichten, welche lediglich mittelbar nach Treu und Glauben den Inhalt der positiven Leistungspflicht ergänzen und erweitern[38]).

Die unselbständigen oder sekundären Unterlassungspflichten gehören also zu den kein rechtliches Eigenleben führenden unselbständigen Nebenpflichten. Sie bestimmen allein den Umfang der positiven oder negativen Hauptleistungspflicht und die Art und Weise, in welcher die Hauptleistung im Einzelfall zu erbringen ist. Es sind allgemeine Treuepflichten, die im konkreten Fall ihre nähere Ausgestaltung erfahren und die sich im allgemeinen auch als positive Pflichten fassen lassen. Eine Zuwiderhandlung gegen diese unselbständigen Unterlassungsverpflichtungen enthält somit regelmäßig zugleich einen Verstoß gegen die positive oder negative Hauptleistungspflicht, wenn auch nicht jede Zuwiderhandlung gegen eine sekundäre Unterlassungspflicht zu einem Fehlschlagen oder zu einer substanzlichen Verschlechterung der Erfüllungsleistung führt[39]). Mag die positive Forderungsverletzung im Einzelfall auch auf der Zuwiderhandlung gegen eine unselbständige Unterlassungspflicht beruhen, so bleibt sie also doch immer Verletzung der

36) Zitelmann, S. 278.

37) Lehmann: Arch. ziv. Prax., Bd. 96, S. 60 ff.

38) Lehmann, a. a. O., S. 77; Zitelmann, S. 273—275.

39) Wie z. B. bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b.

Hauptleistungspflicht, der Pflicht, ordnungsmäßig, d. h. in einer den Gläubiger nicht schädigenden Weise zu erfüllen; denn die Pflicht zu erfüllen, enthält die positive Pflicht, g u t zu erfüllen [40]). Das Wesen der positiven Forderungsverletzung läßt sich somit nicht aus der Verletzung von Unterlassungspflichten erklären. Würde man die positive Forderungsverletzung als Zuwiderhandlung gegen unselbständige Unterlassungspflichten auffassen, so müßte man folgerichtig auch jeden anderen Verstoß gegen eine positive Leistungspflicht, insbesondere die Unmöglichkeit der Leistung als Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht, die Pflicht zur Unterlassung der Schlecht- oder Nichtleistung, auffassen. Damit würde man aber, wie Z i t e l m a n n überzeugend dargetan hat [41]), das logische Verhältnis von der negativen Seite her nach einer natürlichen Anschauung gründlich auf den Kopf stellen. Den Zuwiderhandlungen gegen unselbständige Unterlassungspflichten ist mithin keine selbständige Bedeutung zuzusprechen. Die Zuwiderhandlung ist hier zugleich Verstoß gegen die positive (oder auch negative) Leistungspflicht und kann als solcher sowohl Unmöglichkeit, Verzug wie auch eine positive Forderungsverletzung begründen. — Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungen positiven und negativen Inhalts — mag es sich um Haupt- oder Nebenpflichten handeln, sofern nur selbständige Verpflichtungen in Frage stehen — kann übrigens nur danach erfolgen, ob die Verpflichtung unmittelbar auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet ist. Auszuscheiden aus dem Begriff der positiven Forderungsverletzung sind also die Zuwiderhandlungen gegen selbständige Unterlassungspflichten, mögen diese als Haupt- oder Nebenverpflichtungen in Erscheinung treten; denn sie begründen regelmäßig nur eine Unmöglichkeit der Leistung.

Nach Ausscheidung der Gruppen II—IV aus dem Begriff der positiven Forderungsverletzung kann nunmehr die pos. Forderungsverletzung wie folgt definiert werden: „Positive Forderungsverletzung ist der schuldhafte Verstoß des Schuldners — durch Handlung oder Unterlassung — bei Erfüllung positiver Leistungsverpflichtungen, durch welchen dem Gläubiger infolge schlechter Beschaffenheit der Leistung oder durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung oder der die Er-

40) Z i t e l m a n n, S. 279.
41) Z i t e l m a n n, S. 279.

füllung vorbereitenden Handlungen ein Schaden an seinem Vermögen zugefügt wird, der im Falle mangelhafter Erfüllung über den in der mangelhaften Erfüllung selbst liegenden Schaden hinausgeht." Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, wie außerordentlich umstritten auch heute noch der Begriff der positiven Forderungsverletzung ist. Im Einzelfall ist es auch außerordentlich schwer, die Fälle der einzelnen Gruppen von Forderungsverletzungen insbesondere der Gruppe I und II auseinanderzuhalten. Vielfach ist auch heute noch auf Grund des irreführenden Namens die unklare Vorstellung herrschend, daß jeder positive Verstoß des Schuldners gegen eine Schuldverpflichtung eine positive Forderungsverletzung bezw. Vertragsverletzung sei.

III. Der Name „positive Forderungsverletzung".

Da die nachgewiesene Gesetzeslücke nicht nur auf dem Gebiet der vertraglichen Verpflichtungen, sondern auch auf dem Rechtsgebiet einseitig rechtsgeschäftlicher und unmittelbar auf Gesetz beruhender Verpflichtungen besteht und sich Verstöße der unter Gruppe I genannten Art nicht auf vertragliche Verpflichtungen beschränken, so ist der von Staub geprägte Name „positive Vertragsverletzung" für die Charakterisierung des gesamten Fragenkomplexes zu eng, ganz abgesehen davon, daß die Bezeichnung sprachlich ungenau ist, da ein Vertrag als etwas in der Vergangenheit Abgeschlossenes in seiner Substanz überhaupt nicht verletzt werden kann[42]). Der Name „positive Forderungsverletzung" ist dem von Staub gegebenen Namen jedenfalls vorzuziehen[43]), obschon auch er das Typische dieser Fälle nicht wiedergibt. Einmal können auch Verzug und Unmöglichkeit der Leistung durch positive Handlung des Schuldners herbeigeführt werden, ohne daß deswegen schon von einer positiven Forderungsverletzung gesprochen werden könnte, und auf der anderen Seite kann auch, wie gezeigt, eine negative Handlung, eine Unterlassung eine „positive" Forderungsverletzung begründen, insbesondere eben dann, wenn eine sich aus

42) So Siber in Jher. Jhbch., Bd. 50, S. 201, der darauf hinweist, daß nur die aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen und Rechte verletzt werden können.

43) Vgl. Enneccerus zu § 278, 4, II, Anm. 7.

dem Vertrage stillschweigend ergebende unselbständige Nebenpflicht dem Schuldner eine Verpflichtung zum Tun auferlegt, welcher der Schuldner nicht nachkommt. Es handelt sich demnach bei der positiven Forderungsverletzung zwar immer um die Verletzung positiver Forderungen, d. h. von Forderungen, die auf eine positive Leistung gerichtet sind, aber keineswegs immer gerade um die positive Verletzung. Es ist keinerlei Grund dafür ersichtlich, weswegen man die der positiven Verletzung völlig entsprechende negative Verletzung nicht unter denselben Begriff der „positiven Forderungsverletzung" bringen sollte. Eine getrennte Behandlung dieser Fälle muß als unzweckmäßig abgelehnt werden und ist überdies überhaupt unmöglich. Eine Verletzung der Forderung ihrer Substanz nach erfolgt streng genommen auch nur in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a, da hier eine mangelhafte Erfüllung und damit nach unserer Auffassung eine teilweise qualitative Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b wird die Forderung des Gläubigers regelmäßig von der Verletzungshandlung gar nicht betroffen. Wirtschaftlich wird allerdings im Endergebnis auch in diesem Falle der Wert der Erfüllung durch den dem Gläubiger bei der Erfüllung anderweit zugefügten Schaden geschmälert. Verletzt wird aber eine Forderung in dem Sinne, daß sich ihr Inhalt verändert, nur dann, wenn die verletzende Handlung sich als Nichterfüllung oder als eine mangelhafte Erfüllung darstellt. Henle[44]) hat für die Fälle der positiven Forderungsverletzung den Namen „Schmälerung der Erfüllung" vorgeschlagen. Diese Bezeichnung trifft, soweit es sich um die positive Forderungsverletzung der Gruppe I b handelt, gleich der von Freitag[45]) vorgeschlagenen Bezeichnung „Schlechterbringung" noch am ehesten den Kern der Sache. Sie ist jedoch ebenso wie die von Zitelmann[46]) gewählte Bezeichnung „Schlechterfüllung" und wie der von Siber[47]) und Kiß[48]) geprägte Name „Andersleistung" mehr-

44) Henle, S. 485, 486.

45) Freitag, S. 69 ff., der die pos. Forderungsverletzungen der Gruppe I a unter dem sehr weitgehenden Begriff der Schlechterfüllung zusammenfaßt und unter Schlechterbringung die pos. Ford. vlg. der Gruppe I b bezeichnet.

46) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung.

47) Siber in Jher. Jhbch.: Bd. 50, S. 192 ff.

48) Kiß im Arch. bürg. Recht, Bd. 31, S. 183 ff.

deutig. Es wird bei ihr leicht der Anschein erweckt, als handele es sich um nichts anderes als eine mangelhafte Erfüllung oder teilweise Nichterfüllung, während bei den Fällen der positiven Forderungsverletzung doch regelmäßig zwar erfüllt und in den Fällen zu I a auch schlecht erfüllt, aber — und das ist das Entscheidende — in einer den Gläubiger zugleich anderweit schädigenden Weise erfüllt wird. Der Name Schlechterfüllung ist zu eng, da unter Schlechterfüllung im allgemeinen nur die mangelhafte Erfüllung verstanden zu werden pflegt. Der Name „Andersleistung" erweckt leicht den Eindruck, als stünden Fälle der Leistung eines aliud in Frage, obschon auch die Leistung eines aliud im Einzelfall — als ein Fall der Gruppe I a — einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursachen und daher eine positive Forderungsverletzung begründen kann. Es ist mehr als zweifelhaft, ob sich überhaupt eine Bezeichnung finden läßt, die dem Fragenkomplex in einer alle Fälle der positiven Forderungsverletzung umfassenden Weise klarstellt [49]). Es ist daher gewiß zweckmäßig, vorerst ruhig bei dem Namen „positive Forderungsverletzung" zu verbleiben, der sich inzwischen eingebürgert hat, obschon daneben sehr häufig die — für die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen nicht zu beanstandende — engere Bezeichnung positive Vertragsverletzung gebraucht wird.

IV. Begründung der Haftung wegen positiver Forderungsverletzung.

Darüber, daß die schuldhafte positive Forderungsverletzung eine Haftung nach sich zieht, besteht heute in Rechtsprechung und Literatur kein Streit mehr. Auch über die Natur dieser Haftung und über die Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung besteht im wesentlichen erfreuliche Einhelligkeit. Gestritten wird vornehmlich darüber, wie die Haftung aus positiver Forderungsverletzung aus dem Gesetz zu begründen sei. Es lassen sich hier deutlich zwei Gruppen von Lösungsversuchen unterscheiden. Die eine entnimmt die Lösung unmittelbar den Worten des Gesetzes, und zwar aus § 276 BGB.,

49) Vgl. hierzu auch Stoll im Arch. ziv. Prax., Bd. 136, S. 257 ff.: „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung."

die andere Gruppe, die den § 276 BGB. als unmittelbare Haftungsgrundlage mit Recht ablehnt, versucht die bestehende Lücke im Wege der Analogie auszufüllen, und zwar sowohl im Wege der Gesetzes- wie der Rechtsanalogie. Das Gesetz enthält, wie gezeigt, eine wirkliche Lücke[50]), und die Ansicht, die auch das Reichsgericht[51]) und überhaupt die Praxis ohne Rücksicht auf den wissenschaftlichen Meinungsstreit vertritt, daß nämlich eine Lücke im Gesetz gar nicht bestehe, da § 276 Satz 1 BGB. unmittelbar die eine Haftung begründende Norm sei, ist bereits an Hand der Entstehungsgeschichte als unhaltbar aufgezeigt worden. — Daß Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzigen Tatumstände sind, die das Wesen und den Inhalt einer Verpflichtung zu beeinflussen geeignet sind, läßt das BGB. eigentümlicherweise selbst durchblicken[52]). Im § 425 Abs. II BGB. wird z. B. festgelegt, daß bei Gesamtschuldverhältnissen u. a. Kündigung, Verzug, Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten[53]). Im § 767 BGB. ist niedergelegt, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit für die Verpflichtung des Bürgen auch dann maßgeblich ist, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Sowohl im § 425 Abs. II BGB. wie im § 767 Abs. I Satz 2 BGB. tritt uns somit neben dem Verzuge bezw. der Unmöglichkeit und dem Verzuge der Begriff des Verschuldens als ein Faktor entgegen, der in der Lage ist, die Verbindlichkeit ihrem Wesen und Inhalte nach zu verändern, insbesondere auch zu erweitern. Daß dieses Verschulden kein deliktisches sein kann, geht zwingend daraus hervor, daß ein deliktisches Verschulden ohnehin nicht eine Erweiterung der Haftung des Gesamtschuldners oder des Bürgen herbeiführen könnte. Ein Delikt verändert niemals die schuldrechtliche Verpflichtung selbst, sofern es nicht zugleich Forderungsverletzung ist. — Unter den Versuchen, das für sich lebensunfähige Skelett

---

50) Kiß, a. a. O., S. 194.

51) RG.: 52, 118; 106, 25.

52) Henle, S. 484; vgl. insoweit vor allem auch die Bestimmung des § 160 BGB.

53) Die Fassung des § 425 BGB. ist sprachlich wenig schön.

des § 276 Satz 1 BGB.[54]) im Wege der Analogie mit Fleisch und Blut zu umkleiden, ist auch die Ansicht zu nennen, die eine analoge Anwendung des § 276 Satz 1 BGB. befürwortet[55]). Eine analoge Anwendung des § 276 BGB. ist aber ausgeschlossen, da er ja nur eine Definitionsnorm enthält. Analog anwenden kann man jedoch nur einen Gebotssatz, nicht aber eine bloße Gebotserläuterung. Die analoge Anwendung des § 276 BGB. scheitert also — gleich der unmittelbaren — daran, daß der Bestimmung keinesfalls eine weitergehende Bedeutung zuerkannt werden kann, als dies nach dem Wortlaut und System des Gesetzes möglich ist[56]). Allenfalls läßt sich die Ansicht vertreten, daß die Definitionsnorm des § 276 BGB. sich mit der Zeit durch gewohnheitsrechtliche Fortbildung in eine Haftungsnorm umgewandelt und damit einen über ihren Wortlaut hinausgehenden Inhalt erhalten hat[57]). In der Wissenschaft werden vornehmlich die Bestimmungen über Nichterfüllung, also über Unmöglichkeit und Verzug, zur Begründung der Haftung zur analogen Anwendung gebracht. Der Schluß von der Haftung wegen Nichterfüllung auf die Haftung wegen „Schlechterfüllung" im Zitelmann'schen Sinne ist auf den ersten Blick nicht ganz unbedenklich; denn es ist gezeigt worden, daß diese Schlechterfüllung regelmäßig gar nicht Nichterfüllung in dem gewohnten Sinne ist oder doch — in den Fällen der Gruppe Ia — nur auf teilweiser Nichterfüllung beruht. Man kann jedoch so argumentieren: wenn schon wegen teilweiser Unmöglichkeit und wegen des Ausbleibens der Leistung, Umstände die gewöhnlich bei negativem Verhalten des Schuldners eintreten, eine Haftung, insbesondere eine Schadensersatzpflicht normiert wird, so muß auch nach dem stillschweigenden Willen des Gesetzes eine Haftung für positive, unter Umständen sogar vorsätzliche Verstöße des Schuldners, gegeben sein, selbst wenn durch diese Verstöße dem Gläubiger ein anderer Schaden als der etwaige Erfüllungsschaden zugefügt wird. Man kann also nur im Wege der Rechtsanalogie aus den Bestimmungen über Unmöglichkeit und Verzug den allgemeinen

54) Vgl. Siber in Jher. Jhrbch., Bd. 50, S. 199.

55) So z. B. Kipp in DJZ. 1903, S. 254; vgl. auch Dernburg: DJZ. 1903, S. 1; Müller im Recht 1902, S. 541, 576.

56) Vgl. Staub-Müller, S. 31.

57) So wohl auch Krückmann im Arch. ziv. Prax., Bd. 101, S. 190.

Grundsatz herleiten, daß schuldhafte Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit eine bestimmte Haftung, insbesondere eine Schadensersatzpflicht begründen. Eine Gesetzesanalogie zum Verzuge ist ausgeschlossen, da das Ausbleiben der Leistung mit der positiven Forderungsverletzung nicht allzu viel gemein hat, und allenfalls die wiederholte positive Forderungsverletzung bei Dauerschuldverhältnissen dem Verzuge ähnlich liegt[58]). Brecht[59]) hat überzeugend nachgewiesen, daß die von Staub zum Verzuge gezogene Gesetzesanalogie nicht haltbar ist, und daß insbesondere der Satz, der bei Staub die Analogie rechtfertigen soll „beim Verzuge unterläßt der Schuldner etwas, was er tun soll, und bei der positiven Vertragsverletzung tut er etwas, was er unterlassen soll", diese Analogie nicht trägt. Verzug und Unmöglichkeit sind eben Fälle der reinen Nichterfüllung, und die positive Forderungsverletzung ist ein besonders gelagerter Fall der Schlechterfüllung. Die von Staub befürwortete Analogie zum Verzug ist schon deswegen verfehlt, weil die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten ja, wie dargelegt, aus dem Begriff der positiven Forderungsverletzung auszuschalten sind. Staub begründet aber gerade mit den Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten die analoge Anwendung der Verzugsbestimmungen im Wege der Gesetzesanalogie. So groß das Verdienst Staubs nun auch ist, neben Zitelmann[60]) als erster in der glänzend geschriebenen Festschrift für den 26. Juristentag im Jahre 1902 das Augenmerk auf die vom Gesetz so stiefmütterlich behandelten Fälle der positiven Forderungsverletzung gelenkt zu haben, so kann doch seiner Lehre, die sich in der Folgezeit auch sonst manche Korrekturen hat gefallen lassen müssen, hinsichtlich der Begründung der Haftung aus der Gesetzesanalogie zum Verzuge nicht beigepflichtet werden[61]). Andere ziehen die Analogie sowohl aus Verzug wie Unmöglichkeit.

---

58) Brecht in Jher. Jhbch.: Bd. 53, S. 263.

59) Brecht, a. a. O., S. 224 u. S. 262.

60) Zitelmann, Recht des BGB., I (1900), S. 165 b.

61) Mit Staub vertritt die analoge Anwendung der Verzugsbestimmungen u. a. das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, weiter auch Schöller in Gruch. Beitr., Bd. 46, S. 26; Blume, a. a. O., S. 234; Dörr im Recht 1908, S. 207 u. 1913, S. 453; Remelé im Recht 1912, S. 569 f.; Wohlfahrt in Gruch. Beitr., Bd. 73, S. 451 ff.

indem sie allgemein die rechtliche Behandlung der Nichterfüllung auf die Schlechterfüllung übertragen [62]).

Zur Stützung dieser auch von uns gebilligten Rechtsanalogie, die aus den Fällen der Haftung wegen völliger oder teilweiser Nichterfüllung den allgemeinen Grundsatz ableitet, daß für schuldhafte Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit gehaftet wird, — Unmöglichkeit und Verzug sind insoweit auch Forderungsverletzungen, sogar mit größerer innerer Berechtigung, — können zweckmäßig auch Bestimmungen aus dem besonderen Teil des Schuldrechts hinzugezogen werden, die, wenn sie auch nicht selbst positive Forderungsverletzungen sind, die Geltung des obigen Grundsatzes bestätigen [63]). Hier ist vor allem die Bestimmung des § 694 BGB. zu nennen. Zwar stellt die im § 694 BGB. festgelegte Haftung nur einen Fall der Haftung wegen culpa in contrahendo dar [64]), da der Verwahrungsvertrag ein Realvertrag ist und also erst mit der Übergabe der zu hinterlegenden Sache zustande kommt; hier kann jedoch durch Schluß a minore ad maiorem geschlossen werden, daß erst recht eine entsprechende Haftung bei positiver Forderungsverletzung zu bejahen sein muß, da hier ja schon wirklich bestehende Verpflichtungen verletzt werden. Ist aber ein auf Verwahrung gerichteter Vorvertrag geschlossen worden, so stellt sich die spätere Übergabe als Erfüllung und die Übergabe einer Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit bei Kenntnis des Hinterlegers als eine positive Forderungsverletzung dar (Gruppe I a), sofern durch diese Beschaffenheit dem Verwahrer ein Schaden zugefügt wird. Auch in diesem Falle greift ohne weiteres der § 694 BGB. ein. Nach § 645 Abs. I BGB. behält der Unternehmer über die Bestimmung des § 324 Abs. I BGB. hinaus trotz Unmöglichkeit der eigenen Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn den Besteller des Werkes an der Mangelhaftigkeit des Stoffes, welche die Unmöglichkeit der Erfüllung der Leistung verursacht hat, kein Verschulden trifft. Der Besteller hat hier die Mangelhaftigkeit schlechthin zu „vertreten". Der Umfang des dem Unternehmer nach der Spezialbestimmung des § 645 Abs. I

62) So Zitelmann, S. 265 ff.; Enneccerus zu § 278, 4, II, 1 b.

63) So bereits Lehmann, Arch. ziv. Prax., Bd. 96, S. 77; von Blume, a. a. O., S. 233; neuerdings auch Henle, S. 486.

64) v. Tuhr in DRZ. 1901, S. 175.

BGB. zustehenden Anspruchs auf die Gegenleistung ist übrigens kein geringerer als der, welcher ihm nach der Generalbestimmung des § 324 BGB. zustehen würde, da nach § 324 Abs. I Satz 2 BGB. der Schuldner sich gleichfalls dasjenige anrechnen lassen muß, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart. Wenn es daher im § 645 Abs. II BGB. heißt „eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt", so kann sich dieser Satz nur auf solche Fälle beziehen, in welchen durch die auf Verschulden des Bestellers beruhende Mangelhaftigkeit bezw. durch die unverschuldete Mangelhaftigkeit in einer dem Besteller als Verschulden zuzurechnenden Weise (Kenntnis der Mangelhaftigkeit) dem Unternehmer ein anderweiter Schaden zugefügt wird, d. h. also auf Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a, so z. B., wenn der Unternehmer durch einen gelieferten giftigen Stoff einen Schaden an seiner Gesundheit erleidet. Daß der Gesetzgeber im § 645 Abs. II BGB. nur an die Fälle der unerlaubten Handlung gedacht hätte, ist äußerst unwahrscheinlich, da die Haftung aus unerlaubter Handlung im BGB. selbständig geregelt ist und niemals durch Spezialbestimmungen des Vertragsrechtes ausgeschlossen wird, so daß der Hinweis auf die Haftung aus unerlaubter Handlung eigentlich überflüssig erscheinen müßte. Aus § 645 BGB. läßt sich somit überhaupt herleiten, daß der Gesetzgeber eine Haftung des Schuldners wegen positiver Forderungsverletzung als gegeben voraussetzt. Eine Haftungsgrundlage für positive Forderungsverletzung ist der § 645 Abs. II BGB. selbst nicht. — Der § 618 Abs. III BGB. betrifft lediglich einen Fall der Nichterfüllung einer selbständigen Nebenverpflichtung, wobei die Nichterfüllung sowohl auf Handlung wie Unterlassung beruhen kann. Diejenigen, die eine Unmöglichkeit bei selbständigen Nebenpflichten nicht anerkennen wollen und den Begriff der positiven Forderungsverletzung auch — zu Unrecht — auf positive Verstöße beschränken, müßten eigentlich in Bedrängnis geraten, wenn der Schaden im Falle des § 618 Abs. III BGB. durch eine Unterlassung verursacht worden ist, wie dies regelmäßig zutrifft, und sie den Schadensersatzanspruch in das System der Schadenshaftung einreihen wollen; denn sie können den § 618 Abs. III BGB. weder als Fall der Unmöglichkeit noch des Verzuges noch der positiven Forderungsverletzung auffassen. — Auch der § 447

Abs. II BGB., der nach § 644 Abs. II BGB. auch für den Werkvertrag Anwendung findet, sofern das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versandt wird, bezieht sich nicht auf einen Fall der positiven Forderungsverletzung. Die Verpflichtung, die Versendung gemäß einer bestimmten Anweisung vorzunehmen, ist eine besondere Auftragspflicht. Gleich der Versendungspflicht selbst ist sie selbständige Nebenpflicht. Ihre Verletzung ist daher Nichterfüllung und nicht, wie vielfach behauptet wird, positive Forderungsverletzung. Weicht also der Verkäufer (Unternehmer) ohne dringenden Grund von der Anweisung ab und entsteht hierdurch ein Schaden, so ist dem Verkäufer die Erfüllung der besonderen Auftragspflicht und zugleich auch der Versendungspflicht teilweise oder, wenn durch die grundlose Abweichung von der Anweisung z. B. die gesamte Ware verdirbt, gänzlich unmöglich geworden. Der entstehende Schaden ist Nichterfüllungsschaden. Im Einzelfall kann, sofern die Abweichung von der Anweisung eine Verzögerung der Leistung hervorgerufen hat, der entstandene Schaden auch Verzugsschaden sein. Der § 1833 Abs. I BGB. hat eine so allgemeine Fassung, daß er es erlaubt, ihm zwanglos auch Fälle der positiven Forderungsverletzung zu unterstellen; denn nach § 1833 Abs. I BGB. ist der Vormund dem Mündel für den aus einer schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen, d. h. für jeden wenn nur adäquaten Schaden verantwortlich. Aus den genannten Bestimmungen läßt sich jedenfalls, auch soweit sie nicht selbst positive Forderungsverletzungen betreffen, durch Rechtsanalogie der allgemeine Satz ableiten, daß für schuldhafte Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit gehaftet wird[65]). Wenn aber die Existenzberechtigung eines solchen allgemeinen Satzes bejaht werden muß, so muß folglich auch eine Haftung für den gesamten durch eine positive Forderungsverletzung verursachten adäquaten Schaden angenommen werden.

---

65) Vgl. auch die Bestimmungen der §§ 548, 549 Abs. II, 538, 602, 635, 645 Abs. I, 732, 1050, 1359, 1664 BGB. u. a., in welchen teilweise die Geltung des allgemeinen Grundsatzes offenbar vorausgesetzt wird; auch, wo keine Erfüllungsverstöße in Frage stehen, wird für die Verletzung bestehender Bindungen gehaftet, vgl. § 160 BGB.

V. Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung greift die Analogie zur Nichterfüllung, zur Unmöglichkeit und zum Verzuge ein; denn eine spezialisierte Regelung der Rechtsfolgen hat der Gesetzgeber eben nur für die Nichterfüllung niedergelegt. Der Gläubiger kann also zunächst stets den durch die positive Forderungsverletzung verursachten Schaden, d. h. in den Fällen der Gruppe I a den über die Schlechterfüllung selbst hinausgehenden Schaden ersetzt verlangen. Auf den Ersatz des in der mangelhaften Erfüllung selbst liegenden Schadens hat der Gläubiger ja schon auf Grund der Vorschriften über teilweise Unmöglichkeit bezw. der Vorschriften über Mängelhaftung einen Anspruch. In den Fällen der Gruppe I b tritt der Schadensersatzanspruch neben den Erfüllungsanspruch, soweit die Erfüllung noch aussteht und die Verletzung bei Bereithaltung oder Vorbereitung der Erfüllung erfolgt ist. An die Stelle des Erfüllungsanspruchs kann der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung niemals treten. Beim gegenseitigen Vertrag kann der Gläubiger daneben auch vom Vertrage zurücktreten, wenn die Folgen der Verletzung dem Gläubiger ein Bestehenbleiben beim Vertrage nicht zumutbar erscheinen lassen. In den Fällen zu I b wird das Rücktrittsrecht selten gegeben sein, da die Erfüllung hier ja selbst regelmäßig fehlerlos ist. Nur wenn die Verletzung bereits im Stadium der Vorbereitung erfolgt ist und die Leistung noch aussteht, steht dem Gläubiger unter Umständen ein Rücktrittsrecht zu und ferner auch in dem seltenen Falle, in welchem durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung sowohl die Erfüllung fehlschlägt wie auch zugleich durch dieselbe Handlung dem Gläubiger ein anderweiter Schaden zugefügt wird. Das Rücktrittsrecht folgt hier also in der Mehrzahl der Fälle aus der zugleich vorliegenden gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit. In dem Falle, in welchem die Verletzung bereits im Vorbereitungsstadium erfolgt, kann, falls es nicht zur Erfüllung kommt, das Rücktrittsrecht auf § 242 BGB. gegründet werden [66]). Daraus, daß die Schadensersatzleistung bei der positiven Forderungsverletzung niemals Erfüllungssurrogat ist, folgt, daß

66) Staudinger-Werner II, 1 zu § 325, I, 1 leiten das Rücktrittsrecht stets aus § 242 BGB. her.

der Schadensersatzanspruch auf Ersatz des gerade für die positive Forderungsverletzung typischen Schadens neben dem Rücktrittsrecht gegeben ist[67]). Enthält die positive Forderungsverletzung zugleich eine teilweise Unmöglichkeit, so kann der Gläubiger auch, wenn die teilweise noch mögliche Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit und daneben den durch die teilweise Unmöglichkeit ihm weiter zugefügten Schaden ersetzt verlangen. Der Gläubiger hat demgemäß folgende Rechte:

1.) In allen Fällen einen Anspruch auf Ersatz des besonderen anderweiten Schadens, der nicht Nichterfüllungsschaden ist,

2.) daneben

a.) in den Fällen, in denen zugleich Nichterfüllung vorliegt, einen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens,

b.) ein Rücktrittsrecht in gewissen Fällen bei schwerwiegenden Verstößen, auf Grund deren die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat und ihm ein Bestehenbleiben beim Vertrage nicht zumutbar ist. (Neben dem Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens kann das Rücktrittsrecht nicht geltend gemacht werden.)

Eine Gefährdung oder gar Vereitelung des Vertragszweckes ist nicht unbedingt in allen Fällen Voraussetzung für das Gegebensein eines Rücktrittsrechtes. Es muß sich jedoch immer um eine positive Forderungsverletzung handeln, die sich als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann[68]). Der Streit darüber, ob eine Gefährdung des Vertragszweckes vorliegen muß, damit ein Rücktrittsrecht gegeben sei, bezieht sich vornehmlich auf Verstöße der hier in Gruppe III zusammengefaßten Art, bei welchen meist nur ein Rücktrittsrecht gegeben ist. Erwähnung verdient noch der Versuch von Kiß[69]), den Umfang der Rechte bei positiver Forderungsverletzung im Einzelfall auf Grund freier Interessenabwägung zu bestimmen.

67) Vgl. RG. Recht 1905, Nr. 1738, S. 431; so auch Stoll, a. a. O., S. 308.
68) Enneccerus zu § 278, 4, II, 2 b, insbes. auch Anm. 16.
69) Kiß im Arch. bürg. Recht, Bd. 31, S. 194.

VI. Rechtsnatur der Haftung aus positiver Forderungsverletzung und Eingliederung in das System der Haftung überhaupt.

Als man die durch die Lehre von der positiven Forderungsverletzung geschlossene Lücke im Gesetz entdeckte, versuchte man bezeichnenderweise zunächst dadurch zu helfen und die Lücke auszufüllen, daß man die positiven Forderungsverletzungen als unerlaubte Handlungen auffaßte[70]). Man erkannte aber bald, daß längst nicht alle Fälle, in welchen die Bedürfnisse des Lebens unbedingt eine Haftung forderten, unerlaubte Handlungen waren, und daß somit die bestehende Lücke durch Behandlung der Fälle als unerlaubte Handlungen nicht geschlossen werden konnte, ganz abgesehen davon, daß man auf diesem Wege immer nur zu einer Schadensersatzpflicht und nicht zu anderen Rechtsfolgen gelangen konnte; denn die Verletzung des Vermögens und die Verletzung von Forderungsrechten wird ja bekanntlich nach der herrschenden Ansicht nur im Rahmen der §§ 823 Abs. II, 826 BGB. geschützt, da unter den sonstigen Rechten im Sinne des § 823 Abs. II BGB. nur absolute Rechte zu verstehen sind. Daß die Fälle der positiven Forderungsverletzung nicht zugleich immer den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen, zeigt z. B. das folgende berühmt gewordene Beispiel[71]) von Staub: „F. ist verpflichtet, innerhalb der ersten 3 Monate des Geschäftsjahres die Bilanz seiner Gesellschaft aufzustellen. In den ersten 14 Tagen liefert er auch eine Bilanz, die indessen durch fahrlässige Rechnung ein viel zu günstiges Resultat ergibt. Nachdem daraufhin geschäftliche Dispositionen getroffen worden sind, stellt sich nach weiteren 14 Tagen der Fehler heraus. Der Schaden ist groß.“ Die Fälle der positiven Forderungsverletzung lassen sich aber vor allem deswegen nicht als Delikte auffassen, da es sich immer um die Verletzung gewisser vertraglicher Treuepflichten handelt, die aus dem Vertrage oder dem außervertraglichen Schuldverhältnis ihren besonderen Inhalt erhalten und die gerade nur dem Gläubiger und nicht der Allgemeinheit gegenüber bestehen. Es wird die schuldrechtliche Pflicht verletzt, die Erfüllung ordnungsmäßig und in keiner den Gläubiger anderweit schädigenden Weise vorzunehmen. Wie aufgezeigt, stehen die Verstöße bei der positiven Forderungsverletzung in

70) Vgl. Lent, S. 279.

71) Das in Gruppe Ia einzuordnen wäre.

einem inneren Zusammenhang zu der Erfüllung. Aus der Erfüllung, aus der mangelhaften Erfüllung bezw. aus der Art der Vornahme der Erfüllung entwickelt sich der Schaden. Wenn daneben meist zugleich auch eine allgemeine Rechtspflicht verletzt wird, die auch ohne den Vertrag bezw. das Schuldverhältnis existieren würde und durch den Vertrag nicht ins Leben gerufen worden ist [72]), so ändert dies nichts daran, daß in erster Linie die Pflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung verletzt worden ist, deren Umfang sich allein nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmen kann. Die Haftung aus positiver Forderungsverletzung kann folglich keine ausschließlich deliktische sein. Sie muß vielmehr gleich den anderen Erfüllungsverstößen, Unmöglichkeit und Verzug notwendig vertraglicher Natur sein. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung, die nicht zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen, ist eine andere Möglichkeit überhaupt nicht gegeben. In der Mehrzahl der Fälle, und zwar fast ausnahmslos in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b wird neben der sich aus dem bestehenden Schuldverhältnis ergebenden Haftung die deliktische Haftung herlaufen, so daß ein Fall der Anspruchskonkurrenz gegeben sein wird. Über das Verhältnis der sich aus einem bestehenden Schuldverhältnis ergebenden Haftung, der Anschlußhaftung wie Leonhard [73]) sie nennt, zu der deliktischen Haftung, kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Der uns vor allem interessierende Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung ist also seiner Natur nach kein deliktischer, sondern ein außerdeliktischer, insbesondere vertraglicher Anspruch. Aus § 618 Abs. III BGB. würde man selbst dann nichts Gegenteiliges entnehmen können, wenn man im Gegensatz zu der hier vertretenen Anschauung Verstöße des Dienstherrn gegen § 618 BGB. als positive Forderungsverletzungen ansehen würde; denn die Verweisung im § 618 Abs. III BGB. auf gewisse Vorschriften über unerlaubte Handlungen bestimmt anerkanntermaßen nur die Art und den Umfang dieser an sich vertraglichen Haftung (Anschlußhaftung).

Die Eingliederung der positiven Forderungsverletzung in das System der Haftung gestaltet sich für den, der mit uns die

72) Vgl. Dietz, S. 333, 335.

73) Leonhard, S. 323.

Haftung aus dem im Wege der Rechtsanalogie gewonnenen Grundsatz der Haftung für schuldhafte, einen Schaden verursachende Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit ableitet, denkbar einfach. Auch die Nichterfüllung in der Form der Unmöglichkeit und des Verzuges ist Forderungsverletzung „im weiteren Sinne". Die positive Forderungsverletzung tritt somit selbständig neben Unmöglichkeit und Verzug. Man hat daher auch wohl die Störungstatbestände Unmöglichkeit, Verzug und positive Forderungsverletzung unter dem Namen Vertragsverletzungen bezw. Forderungsverletzungen zusammengefaßt. Brecht[74]) spricht hinsichtlich dieser drei Störungstatbestände von der „klassischen" Dreiteilung des Systems der Vertragshaftung. In der Tat sind diese drei Störungstatbestände der Obligation die Hauptfälle der Anschlußhaftung, wenn sich auch nicht alle Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen unter die drei Störungstatbestände bringen lassen[75]). Keine Zustimmung verdient übrigens die Auffassung, welche alle Haftungsfälle auf die Unmöglichkeit in einem weiteren als den vom Gesetz gebrauchten Sinne zurückzuführen sucht und den Verzug als zeitliche und die positive Forderungsverletzung als teilweise Unmöglichkeit betrachtet[76]). Die positive Forderungsverletzung ist etwas anderes als teilweise Unmöglichkeit. In den Fällen der Gruppe I b wird die Erfüllung nur in Ausnahmefällen unmöglich. Der verursachte Schaden ist in keinem Falle Unmöglichkeitsschaden. So streng nun auch die Fälle der Nichterfüllung (Unmöglichkeit und Verzug) von der Schlechterfüllung im Zitelmann'schen Sinne zu trennnen sind, so berühren sie sich doch in den Fällen (Gruppe I a), in welchen die teilweise (oder auch völlige) Unmöglichkeit die Ursache für die anderweite Schädigung des Gläubigers bildet. Ein sprachlicher Unterschied zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung besteht insoweit nicht, als in beiden Fällen eben „nicht ordentlich" erfüllt ist. Selbständig neben dieser schuldhaften Anschlußhaftung steht die für gewisse Vertragstypen vom Gesetzgeber besonders ausgestaltete Mängelhaftung, die grundsätzlich ein Verschulden nicht erfordert. Bei den wichtigsten Rechts-

74) Brecht in Jher. Jhbch.: Bd. 53, S. 213 ff.

75) So zum Teil die Verstöße der Gruppe III.

76) So Titze, Unmöglichkeit; Goldmann-Lilienthal, Bd. I, § 85, III; vgl. auch Salinger in LZ. 1916, S. 295 f., 298, 299.

geschäften des Alltags hat der Gesetzgeber hier aus den Bedürfnissen des täglichen Verkehrs und aus Zweckmäßigkeitsgründen für die Mangelhaftigkeit der Leistung eine mit besonderen Rechtsfolgen ausgestaltete Haftung auch ohne Verschulden normiert bei weitgehender Ausschaltung einer Schadensersatzpflicht. Es würde insbesondere im kaufmännischen Verkehr unzuträglich sein, wenn die bloße Mangelhaftigkeit, sofern sie nach Vertragsabschluß eingetreten ist, stets eine Haftung wegen Nichterfüllung nach sich ziehen und eine Schadensersatzpflicht begründen würde, die den Gläubiger zur Geltendmachung des positiven Interesses berechtigen würde. — In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a berührt sich also die positive Forderungsverletzung auch mit der Gewährleistungshaftung. Daß auch in diesen Fällen selbstverständlich ein Verschulden Voraussetzung der Haftung aus positiver Forderungsverletzung ist, ist bereits betont worden.

Die Systematik der schuldhaften Anschlußhaftung kann keinesfalls auf einer scharfen Trennung zwischen aktiver und negativer Nichterfüllung aufgebaut werden; denn, wie dargelegt, kann sowohl die positive Forderungsverletzung durch Unterlassung begangen werden, wie umgekehrt auch die Unmöglichkeit und selbst der Verzug des Schuldners durch eine positive Handlung des Schuldners herbeigeführt worden sein kann. Zweckmäßig ist es hingegen, nach dem Inhalt der Forderung das Gebiet der Nichterfüllung im weitesten Sinne in Verstöße bei Erfüllung von positiven und in solche bei Erfüllung negativer Verpflichtungen (Unterlassungspflichten) aufzuteilen. Die positive Forderungsverletzung hat es nur mit der Verletzung positiver Verpflichtungen zu tun.

Die Abgrenzung der einzelnen Haftungstatbestände voneinander, insbesondere der positiven Forderungsverletzung von der Unmöglichkeit bereitet im Einzelfall oft große Schwierigkeiten und man kann auch heute noch mit Henle[77]) das Gebiet der Nichterfüllung als die Alpenlandschaft des Schuldrechts bezeichnen, deren restlose Bezwingung bislang noch nicht gelungen ist.

---

77) Henle, S. 431.

§ 4:

Die Beweislast hinsichtlich des äußeren Tatbestandes einer positiven Forderungsverletzung.

I. Die Beweislast hinsichtlich der den Schaden verursachenden Handlung bezw. Unterlassung.

Der Schuldner trägt die Beweislast hinsichtlich der von ihm behaupteten Erfüllung nicht nur gegenüber dem Erfüllungsanspruch, sondern auch gegenüber den vom Gläubiger aus einer angeblichen Nichterfüllung hergeleiteten sekundären Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung [1]). Dieser Satz, der nur von wenigen bestritten wird, hat im BGB. selbst sichtbaren Ausdruck gefunden, und zwar in den §§ 345, 358, 542 Abs. III und 636 Abs. II BGB., die nur Ausfluß eines allgemeinen Prinzips sind und keinen Ausnahmecharakter tragen [2]); denn die Erfüllung ist in jedem Falle eine zugunsten des Schuldners wirkende rechtsvernichtende Tatsache. Mit dem Nachweis der Erfüllung schlägt der Schuldner zugleich auch die aus einer angeblichen Nichterfüllung hergeleiteten Schadensersatzansprüche aus dem Feld.

Im Hinblick darauf, daß nur dann erfüllt ist, wenn die Leistung in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht dem Umfang der Verpflichtung entspricht, und daß eine mangelhafte Leistung grundsätzlich der Nichterfüllung gleichsteht [3]), könnte man bei oberflächlicher Betrachtung des an die Spitze der vorstehenden Ausführungen gestellten Grundsatzes verleitet sein, dem Schuldner nicht nur gegenüber den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung, sondern auch gegenüber den Schadensersatzklagen wegen Schlechterfüllung im Zitelmann'schen Sinne, d. h. also wegen positiver Forderungs-

1) Vgl. Rosenberg, S. 383; Beckh, S. 229 und u. a. auch die Motive, Bd. I, S. 383.

2) So die herrschende Ansicht: Rosenberg, a. a. O.; Wach in ZZP., Bd. 29, S. 369 ff., 390; Staub, HGB. Kom. zu § 373 Anh. 86; Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV, 4 b bei Note 87; RG. Warn. Erg.: 1913, Nr. 222; anders nur Leonhard, S. 328 ff. und S. 354 zu § 345 BGB.

3) So Reinhold, S. 71.

verletzung, die Beweislast für die ordnungsmäßige Erfüllung aufzuerlegen und somit dem Schuldner den Beweis dafür aufzubürden, daß er weder durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung noch durch die Mangelhaftigkeit der Leistung dem Gläubiger einen besonderen Schaden zugefügt habe. Eine solche Verteilung der Beweislast ist jedoch unhaltbar. Zweifel hinsichtlich der Beweislast in Ansehung der Verletzungshandlung können zunächst auch nur in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a bestehen, bei welchen durch die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes ein weiterer Schaden verursacht wird; denn hier liegt ja, wie dargetan, gewöhnlich zugleich teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor und mit dem Nachweis der ordnungsmäßigen Erfüllung würde der Schuldner nicht nur den etwaigen Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Unmöglichkeit, sondern auch den Anspruch auf Ersatz des weiteren durch die teilweise Unmöglichkeit verursachten Schadens schlagen. Im Gegensatz hierzu vermag der Schuldner mit dem Nachweis, daß die geschuldete Leistung qualitativ und quantitativ ordnungsmäßig erbracht ist, den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung, soweit es sich um einen Fall der Gruppe I b handelt, nicht erfolgreich abzuwehren, da die Erfüllung selbst hier — regelmäßig — fehlerfrei erfolgt, die eigentliche Erfüllungsleistung fehlerlos ist.

Der Satz, daß der Schuldner auch gegenüber den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung die Beweislast für die behauptete Erfüllung trägt, wird in seiner Bedeutung vielfach überschätzt. Er enthebt den Schadensersatz begehrenden Gläubiger keineswegs etwa schlechthin der Beweislast für die Nichterfüllung; denn, wenn der Schuldner den ihm obliegenden Beweis der Erfüllung nicht erbringt, so steht damit lediglich fest, daß er von seiner Leistungspflicht nicht befreit worden ist, nicht aber zugleich, daß der Gläubiger nun ohne weiteres statt des Erfüllungsanspruches die Rechtsfolgen der Nichterfüllung, insbesondere einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, geltend machen könnte. Die speziellen Voraussetzungen der Haftung wegen Nichterfüllung stehen zur Beweislast des Gläubigers, der nachweisen muß, daß er berechtigt ist, gerade Schadensersatz zu fordern. So muß der Schadensersatz begehrende Gläubiger insbesondere auch Unmöglichkeit und

Verzug im Bestreitungsfalle nachweisen[4]). Gelingt ihm dies nicht, so muß er — jedenfalls mit der Schadensersatzklage — abgewiesen werden. Der § 283 BGB. gibt dem Gläubiger überdies die Möglichkeit, — sofern die Unmöglichkeit der Leistung noch nicht objektiv feststeht —, auf die ursprüngliche Leistung zu klagen und sich dadurch den nachteiligen Folgen, welche die ihm bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruches in Ansehung der Unmöglichkeit treffende Beweislast nach sich ziehen kann, zu entziehen. Gegenüber der Klage auf die ursprüngliche Leistung kann der Schuldner mit Erfolg nur noch die unverschuldete Unmöglichkeit geltend machen, für welche er in diesem Falle die Beweislast trägt (§§ 275, 282 BGB.). Gelingt dem Schuldner der Beweis der unverschuldeten Unmöglichkeit nicht, so erfolgt die Verurteilung auf die ursprüngliche Leistung, und dem Gläubiger steht sodann die Möglichkeit des Vorgehens nach § 283 BGB. offen. (Fall der sog. fiktiven Unmöglichkeit). — Der Grund dafür, daß der Gläubiger, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, ungeachtet des Satzes, daß die Erfüllung zur Beweislast des Schuldners steht, Unmöglichkeit und die Inverzugsetzung grundsätzlich als Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruches beweisen muß, ist letztlich darin zu suchen, daß vom Gläubiger und Schuldner verschiedenartige Rechtsfolgen geltend gemacht werden: der Schuldner, der behauptet, erfüllt zu haben, begehrt die Befreiung von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit, während der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend macht[5]). Der Gläubiger braucht also zwar lediglich zu behaupten und nicht auch zu beweisen, daß der Schuldner nicht geleistet habe; er muß jedoch nachweisen, daß die Leistung ganz oder teilweise unmöglich geworden ist oder, daß er den Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit durch Mahnung in Verzug gesetzt hat.

Wenn nun aber nach den vorstehenden Ausführungen der Schadensersatz fordernde Gläubiger die „Verletzungstatbestände" Verzug oder gänzliche bezw. teilweise Unmöglichkeit beweisen muß, von deren Umfang ja auch der Umfang des Schadensersatzanspruches abhängt, so muß erst recht die gleiche Beweislastverteilung in den Fällen der positiven Forderungs-

4) Vgl. z. B. Enneccerus, § 273 d, I, 4; Leonhard, S. 328 (§ 113); RGR. Kom. zu § 275 Anm. 6.

5) Die Erfüllung wirkt rechtsvernichtend, die Nichterfüllung rechtsbegründend.

verletzung der Gruppe I a Platz greifen, die ja durch eine teilweise Unmöglichkeit verursacht wird. Darüberhinaus erfordert jede Klage auf Schadensersatz, sei sie nun auf Vertrag oder Delikt gegründet, den Nachweis der schädigenden Handlung bezw. Unterlassung [6]). Dies muß umso mehr bei der Schadensersatzklage aus positiver Forderungsverletzung gelten, weil der durch positive Forderungsverletzung verursachte Schaden ein besonderer Schaden ist, der mit dem etwaigen Nichterfüllungsschaden nichts gemein hat, und sich folglich auch der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung nicht als Fortsetzung des Leistungsanspruches und die Ersatzleistung nicht als Surrogat des Erfüllungsanspruches darstellt. Die Verletzungs-Handlung bezw. Unterlassung als Voraussetzung dieses besonderen und selbständigen Schadensersatzanspruches aus positiver Forderungsverletzung muß daher, — gleichgültig, ob es sich um eine pos. Forderungsverletzung der Gruppe I a oder I b handelt —, zur Beweislast des Gläubigers stehen, der das Vorliegen einer positiven Forderungsverletzung behauptet und Rechtsfolgen, insbesondere einen Schadensersatzanspruch, daraus herleitet. Dies ist auch in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt [7]). Der Umstand, daß der Schuldner in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a das auf positive Forderungsverletzung gestützte Klagebegehren des Gläubigers durch den ihm obliegenden Nachweis ordnungsmäßiger Erfüllung zu Fall bringen kann, ändert also nichts daran, daß der Gläubiger auch in diesen Fällen in Ansehung der schädigenden Handlung bezw. Unterlassung die Beweislast trägt.

Die Erörterung und Klarstellung der Frage, wer beim Kauf die Mangelhaftigkeit der Sache zu beweisen hat, ob der Käufer die Mangelhaftigkeit oder der Verkäufer die Fehlerfreiheit der Sache, wenn der Käufer die typischen Gewährleistungsansprüche geltend macht, ist in hohem Maße geeignet, die bereits zu Lasten des Gläubigers entschiedene Frage der

6) Vgl. z. B. RG.: 76, 317.

7) So Rosenberg, S. 388—391, 182; Leonhard, S. 334; Brecht in Jher. Jhbch.: Bd. 53, S. 259; siehe auch Bacharach in JW. 1915, S. 818; Gruch. Beitr. 52, 1016 = JW. 1908, S. 236 = Seuff. Arch.: Bd. 63, Nr. 201 = Warn. Rspr. 1908, Nr. 294; RG. in Gruch. Beitr.: 56, S. 910 = JW. 1912, S. 682; RG.: 66, 289; 87, 1; 97, 116 ff.

Beweislast hinsichtlich der schädigenden Handlung bei positiver Forderungsverletzung abzurunden. Dem Sachkauf kommt ja in der Praxis des täglichen Lebens eine überragende Bedeutung zu und die Mangelhaftigkeit des geschuldeten Leistungsgegenstandes ist es ja gerade, die in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a den besonderen weiteren Schaden verursacht. Die Gewährleistungsansprüche und der Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung haben das gemein, daß sie Rechtsfolgen einer besonders gearteten „schlechten Erfüllung" und nicht etwa der Nichterfüllung sind. Die Lieferung einer mangelhaften Sache ist eine vom Gesetzgeber mit besonderen Rechtsfolgen ausgestaltete „schlechte Erfüllung", aber keine Nichterfüllung [8]).

Beim Specieskauf ist der Anspruch des Käufers allein auf die Lieferung einer ganz bestimmten Sache gerichtet. Verschaffung der Mängelfreiheit oder der zugesicherten Eigenschaften kann der Käufer hier nicht verlangen. Schon der grundsätzliche Ausschluß des Schadensersatzanspruches als der schwerwiegendsten Rechtsfolge der Nichterfüllung und die spezielle Ausgestaltung der Rechtsfolgen und die Normierung einer Haftung ohne Verschulden — die Haftung wegen Nichterfüllung setzt begrifflich schon ein Verschulden voraus — offenbaren, daß die Gewährleistungsansprüche nicht Ansprüche wegen Nichterfüllung sind, sondern Ansprüche besonderer Art, welche die Mangelhaftigkeit oder das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften zur Voraussetzung haben. Der Käufer trägt daher beim Specieskauf die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Kaufsache und für das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften [9]), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob auf Wandelung oder Minderung oder auf Schadensersatz aus § 463 BGB. geklagt wird,

---

8) So Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 169; Förster-Kann, ZPO., Bd. I, S. 729 zu § 459; Hellwig: System: Band I, S. 475; Kiehl in Gruch. Beitr., Bd. 60, S. 615; Oertmann: Recht 1908, S. 345 ff., JW. 1912, S. 461[7].

9) So auch Oertmann im Recht 1908, S. 345 ff.; Hellbach im Recht 1905, S. 8, der sich auf den Wortlaut des § 459 BGB. stützt; Haymann, a. a. O., S. 38 ff.; Leonhard, S. 392 ff.; Cosack, § 127, VII, 1; Crome, § 220, Anm. 64; Planck zu § 462 BGB., Nr. 1; and. Ans.: Endemann, § 99, Anm. 31; Dernburg, Bd. II, § 184, V; Staudinger zu § 459, VIII; früher auch Oertmann zu § 459, Nr. 7, der seine Ansicht jedoch im Recht, a. a. O., geändert hat.

oder ob der Kaufpreisklage die Einwendung der Mangelhaftigkeit entgegengesetzt wird; denn dieser Einwand ist nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages [10]).

Beim Gattungskauf ist die Beweislastverteilung nur dann eine andere, wenn der Käufer von seinem Recht Gebrauch macht, an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so behandelt er, wozu er also ausnahmsweise berechtigt ist, die mangelhafte Erfüllung als Nichterfüllung. Bestreitet der Verkäufer demgegenüber die Mangelhaftigkeit oder behauptet er, die Sache sei entgegen der Behauptung des Käufers mit den zugesicherten Eigenschaften geliefert worden, so stellt sich dieses Vorbringen als Einwand der Erfüllung dar. In diesem Falle trägt demgemäß umgekehrt der Verkäufer die Beweislast für die Mangelfreiheit und das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften [11]), und zwar auch dann, wenn der Kaufpreisklage der Einwand der Mangelhaftigkeit — hier gleich der Einrede des nichterfüllten Vertrages — entgegengesetzt wird [12]); denn der Käufer stützt sich hier eben auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Macht der Käufer hingegen den Schadensersatzanspruch aus § 480 Abs. II BGB. geltend, so muß er hier wiederum die besonderen Voraussetzungen, insbesondere also auch die Mangelhaftigkeit nachweisen, die ihn gerade zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches berechtigen. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer die übrigen besonderen Rechtsfolgen der Gewährleistungshaftung beim Gattungskauf geltend macht.

Es ist nun anerkannten Rechtens, daß die schuldhaft herbeigeführte Mangelhaftigkeit, sofern der Mangel erst nach Vertragsabschluß entstanden ist, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verleiht; denn die zu vertretende, schuldhafte Mangelhaftigkeit ist teilweise Nichterfüllung, und zwar teilweise Unmöglichkeit bei Unheilbarkeit und Verzug bei Heilbarkeit des Mangels. Mit den Gewährleistungsansprüchen konkurrieren daher, sofern der nach Vertragsabschluß eingetretene Mangel schuldhaft durch den Verkäufer (Schuldner)

---

10) Rosenberg, S. 392.

11) Ebenso Haymann, a. a. O., S. 46 ff.; Oertmann, a. a. O.; Hellbach, S. 8; and. Ans. Enneccerus, § 336, II, Anm. 11.

12) So RG.: 95, 119; RG. in Seuff. Arch.: Bd. 59, Nr. 221; OLG. Colmar im Recht 1910, Nr. 1235; Haymann und Enneccerus, a. a. O.

verursacht worden ist, regelmäßig die Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung [13]). Macht der Käufer nun einen solchen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend, so muß, wie dargelegt, der Verkäufer, wenn er sich entlasten will, dartun, daß er ordnungsmäßig erfüllt hat und daß insbesondere also die gelieferte Sache frei von Mängeln ist. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so steht damit negativ fest, daß nicht ordnungsmäßig erfüllt und der Schuldner (Verkäufer) daher nicht völlig befreit worden ist. Positiv steht damit aber lediglich fest, daß dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gegeben ist. Schon der dem Gläubiger stets obliegende Nachweis der Schadenshöhe erfordert darüber hinaus den positiven Nachweis der Mangelhaftigkeit und der Handlung bezw. Unterlassung des Schuldners, auf welche sie zurückzuführen ist. Insoweit stehen also die Mangelhaftigkeit und ihre Ursachen auch bei der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung zur Beweislast des Gläubigers. Wenn es auf Grund des Beweisantrittes des Verkäufers, der die ordnungsmäßige Erfüllung behauptet, zur Beweiserhebung über die Mangelhaftigkeit kommt, so wird das Nichtgelingen des Nachweises der Mangelfreiheit ja meist ohne weiteres den Schluß auf die Mangelhaftigkeit zulassen, so daß sich häufig für den Käufer eine besondere Beweisführung für die Mangelhaftigkeit erübrigen wird. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Beantwortung der Frage, ob überhaupt und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, den positiven Nachweis der Mangelhaftigkeit durch den Käufer erfordert. Der Käufer trägt die Beweislast auch nicht nur für die Mangelhaftigkeit selbst, sondern auch für die Handlung oder Unterlassung des Verkäufers, durch welche die Mangelhaftigkeit verursacht worden ist. Wir gelangen demnach zu dem eigenartigen Ergebnis, daß die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Beweislast des Verkäufers steht, wenn dieser durch ordnungsmäßige Erfüllung befreit zu sein behauptet, hingegen die Mangelhaftigkeit zu gleicher Zeit auch zur Beweislast des Käufers, wenn dieser die Rechtsfolgen der Nichterfüllung geltend macht.

Die vorstehenden Ausführungen bestätigen, daß selbst bei den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung der den

---

13) So RG.: 52, 19; 53, 200 ff.; 56, 169; Enneccerus, § 335, I, 2, Anm. 5; and. Ans. Eccius in Gruch. Beitr., Bd. 43, S. 306; Titze, S. 277 und zum Teil auch Haymann, S. 36.

Schaden verursachende Umstand vom Gläubiger zu beweisen ist. Die Beweislastverteilung in Ansehung der Mangelhaftigkeit der geleisteten Sache bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten muß in gleicher Weise auch bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a gelten, die gleich der Gewährleistungshaftung von der Haftung wegen Nichterfüllung scharf zu trennen ist. Zugleich ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, daß die Beweislast des Schuldners für die Erfüllung den Schadensersatz begehrenden Gläubiger nicht des Nachweises der schädigenden Handlung bezw. Unterlassung enthebt. Wenn in einem Falle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a der Gläubiger wegen der Geringfügigkeit des Nichterfüllungsschadens im Verhältnis zu dem aus positiver Forderungsverletzung begründeten Schaden nur den Schaden aus der positiven Forderungsverletzung geltend macht, so tritt hier besonders deutlich in Erscheinung, daß der Gläubiger die Beweislast für den schädigenden Umstand tragen muß; denn die typischen Folgen der Nichterfüllung werden hier ja nicht geltend gemacht. Es kann also letztlich überhaupt dahingestellt bleiben, welche Bedeutung man dem problematischen Satz „der Schuldner trägt die Beweislast für die Erfüllung auch gegenüber den Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung" einräumen und ob man ihn überhaupt anerkennen will [14]), bei der positiven Forderungsverletzung steht jedenfalls die Verletzungshandlung als Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruches zur Beweislast des Gläubigers, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger die geschuldete und ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat oder nicht. Die Beweislastregel des § 363 BGB. kann hier nicht eingreifen, da den Gläubiger bei der positiven Forderungsverletzung schlechthin und in jedem Falle die Beweislast für die „schlechte Erfüllung" trifft [15]).

---

14) Leonhard, S. 328, 329 erkennt diesen Satz als allgemeingültigen Grundsatz nicht an; Rosenberg, S. 384, 385 knüpft an ihn zu weitgehende Folgerungen.

15) Vgl. Rosenberg, S. 388, 389 oben.

II. Die Beweislast hinsichtlich des Schadenseintrittes und der Verursachung.

Neben der schädigenden Handlung bezw. Unterlassung, die wir bisher isoliert betrachtet haben, muß der Gläubiger nachweisen, daß ein Schaden eingetreten und daß dieser Schaden durch die Verletzung der Forderung verursacht worden ist. In den Fällen der Gruppe I a der positiven Forderungsverletzung muß der Gläubiger also nachweisen, daß ihm durch die auf einer bestimmten Handlung oder Unterlassung des Schuldners beruhende Mangelhaftigkeit der Erfüllung ein weiterer besonderer Schaden entstanden ist, und in den Fällen der Gruppe I b, daß durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung ein besonderer Schaden verursacht worden ist. Verletzungshandlung, Eintritt eines Schadens und Kausalzusammenhang sind Voraussetzungen jeder einen Schadensersatzanspruch begründenden Norm. Sie sind daher nach dem im § 1 erörterten Beweislastprinzip vom Schadensersatz begehrenden Gläubiger zu beweisen [16]). Die Beweislast für die gesamten Auswirkungen der schädigenden Handlung trägt somit der Gläubiger. Die Bestimmung des § 287 ZPO. kann jedoch dem Gläubiger den Nachweis des Schadenseintrittes und der Verursachung im Einzelfall nicht unbeträchtlich erleichtern, insofern der Richter in der Entscheidung der Frage, ob ein Schaden entstanden ist und wie er im Einzelnen entstanden ist, außerordentlich frei gestellt ist und sich mit dem Nachweis einer großen Wahrscheinlichkeit begnügen kann. Der Gläubiger braucht also insbesondere auch den Kausalitätsverlauf nicht immer unbedingt in allen Einzelheiten nachzuweisen [17]). Zu seinen Gunsten greifen weiter auch die allgemeinen Erfahrungssätze des Lebens ein.

Nach der im Zivilrecht herrschenden Adäquanztheorie muß der Gläubiger beweisen, daß die Handlung oder Unterlassunng des Schuldners und die durch sie weiter ausgelösten Umstände generell geeignet waren, einen bestimmten Schaden zu verursachen [18]). Vielfach wird im Gegensatz hierzu gelehrt, der Gläubiger trage nur die Beweislast dafür, daß die Ursache

16) Vgl. RG.: 76, 317 u. 76, 362; Rosenberg, S. 182.

17) Leonhard, S. 314; RG.: 64, 254 ff.; vgl. auch Baur, S. 84.

18) Über den Begriff des adäquaten Ursachenzusammenhangs vgl. insbesondere: RGJW. 1936, S. 1434[5].

eine notwendige Vorbedingung für den Eintritt des Schadens war. Der Gegner soll nach dieser Ansicht die Beweislast dafür tragen, daß die fragliche Tatsache ihrer allgemeinen Natur nach nur infolge ganz ungewöhnlicher Umstände zur Entstehung des Schadens habe führen können und für die Entstehung eines solchen Schadens regelmäßig ganz indifferent sei [19]). Enneccerus rechtfertigt diese Ansicht mit allgemeinen Erfahrungssätzen, indem er eine tatsächliche Vermutung für die adäquate Natur einer Bedingung aufstellt. Allgemeine Erfahrungssätze können aber eine Verteilung der Beweislast niemals begründen, da sie dem Gebiet der Beweiswürdigung angehören.

Behauptet der Schuldner, der gleiche Schaden sei auch bei ordnungsmäßiger Erfüllungsvornahme eingetreten, so trifft ihn hierfür die Beweislast [20]); denn der Schuldner gibt hier ja zunächst die Verursachung zu, und wenn er behauptet, der Schaden sei auch bei anderem Ursachenverlauf eingetreten, so macht er damit eine selbständige Einwendung geltend, für welche er die Beweislast hat (vgl. Motive, Bd. II, S. 64, 65). Diese Beweislastverteilung läßt sich auch aus der Fassung des § 848 BGB. herleiten, dem insoweit nicht nur für die Deliktshaftung Bedeutung beizumessen ist.

Behauptet der Schuldner, der Kausalzusammenhang sei „unterbrochen" — der Ausdruck „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" wird heute überall mit Recht abgelehnt — so bestreitet er damit überhaupt die Kausalität, entweder, indem er leugnet, daß der erste Umstand infolge einer später von dritter Seite selbständig wirkenden Ursache Bedingung für den eingetretenen Schaden sei, oder, indem er behauptet, daß die zwar kausale Vorbedingung durch weitere besondere, nicht typische Umstände als Bedingung ausgeschaltet worden sei. Für die „Nichtunterbrechung des Kausalzusammenhangs" trägt daher der stets für den Kausalzusammenhang beweispflichtige Schadensersatz fordernde Gläubiger die Beweislast.

Wendet der Schuldner ein, der Schaden sei ganz oder doch teilweise durch ein Verhalten des Gläubigers verursacht worden, so muß unterschieden werden: Geht die Behauptung

---

19) So insbesondere Enneccerus zu § 235, III, 3 und Note 18; wie hier auch Leonhard, S. 313, 314.

20) RG. Warn. Kom. zu § 276, IX; RG. in LZ.: 1914, S. 1897; and. Ans. Leonhard, S. 338; vgl. auch § 287, Satz 2 BGB.

dahin, daß der Schaden allein durch das Verhalten des Gläubigers verursacht worden sei, so liegt darin zugleich ein Bestreiten des zur Beweislast des Gläubigers stehenden Kausalzusammenhangs zwischen Handlung des Schuldners und Eintritt des Schadens. Daher muß hier der Gläubiger die Beweislast tragen, während es dem Schuldner, wie stets, freisteht, im Wege des Gegenbeweises nachzuweisen zu versuchen, daß der Schaden allein auf Handlungen des Gläubigers beruht. Wenn also in unserem Beispielsfalle der Schuldner behauptet, die Pferde seien nicht an giftigen Rizinussamenkörnern eingegangen, die sich gar nicht in dem verkauften Mais befunden hätten, sondern allein daran, daß der Gläubiger sie mit verseuchten Pferden zusammengebracht habe, so muß der Gläubiger sowohl beweisen, daß die Pferde nicht an der Seuche eingegangen sind, wie insbesondere auch, daß sich in dem verkauften Mais giftige Rizinussamenkörner befunden haben und daß gerade hierauf der Verlust der Pferde zurückzuführen ist. — Behauptet hingegen der Schuldner, daß das Verhalten des Gläubigers den Schaden nur mitverursacht habe, — es handelt sich hier um die mit dem Einwand des konkurrierenden Verschuldens notwendig Hand in Hand gehende Einwendung der Mitverursachung —, so trägt der Schuldner für die behauptete Mitverursachung die Beweislast, und zwar nicht nur in dem Falle, in welchem die angeblich durch den Gläubiger gesetzte Ursache zeitlich der durch den Schuldner gesetzten nachfolgt, sondern auch für den theoretisch denkbaren, praktisch wohl nur selten vorkommenden Fall, daß die beiden durch die Parteien gesetzten Ursachen zeitlich zusammenfallen. — Die Mitverursachung ist überhaupt in doppeltem Sinne möglich: einmal können die zwei getrennt oder gemeinschaftlich vorgenommenen Handlungen nur eine einzige Ursache bilden, sie können aber auch mehrere Ursachen für den Enderfolg abgeben. Nachträgliche Mitverursachung kann insbesondere dann gegeben sein, wenn der beschädigte Gläubiger es unterlassen hat, den eingetretenen Schaden zu mindern. (§ 254 Abs. II BGB.). Als Beispiele für eine Mitverursachung (und zugleich für ein Mitverschulden) bei positiver Forderungsverletzung seien folgende Fälle angeführt:

a.) Bei dem vom Schuldner vertragsgemäß auszuführenden Abtransport eines Klavieres aus dem Hause des Gläubigers hilft der Gläubiger mit. Bei dem Hinaustragen gehen beide

gleichzeitig so unvorsichtig vor, daß das Treppengeländer erheblich beschädigt wird.

b.) Obschon der Gläubiger (in dem bekannten Beispielsfall) starke Anhaltspunkte dafür hat, daß sich in dem verkauften Mais giftige Stoffe befinden, und obschon bereits ein Pferd infolge der Fütterung mit dem fraglichen Mais schwer erkrankt ist, läßt der Gläubiger (Käufer) auch die anderen Pferde mit dem Mais ruhig weiter füttern, die nunmehr gleichfalls erkranken und zum Teil eingehen.

Daß der Schuldner in den vorgenannten Fällen die Beweislast für die von ihm behauptete Mitverursachung trägt, rechtfertigt sich daraus, daß der Schuldner ja zugibt, daß sein Verhalten für den eingetretenen Schaden kausal war. Die selbständige Einwendung, daß der Schadensersatzanspruch nicht in dem vom Gläubiger behaupteten Umfange zur Entstehung gelangt sei, da der Gläubiger selbst den Schaden mitverursacht habe, enthält nämlich bei zeitlichem Zusammenwirken der Ursachen die Geltendmachung einer rechtshindernden (keimzerstörenden) und zu seinen Gunsten wirkenden Tatsache, für deren Vorliegen nach den im § 1 dieser Arbeit vorausgeschickten Erörterungen der sich auf sie berufende Schuldner die Beweislast trägt. Der Einwand der Mitverursachung wirkt dann rechtsvernichtend und ist daher gleichfalls vom Schuldner zu beweisen, wenn die Mitverursachung durch den Gläubiger der Verursachung durch den Schuldner zeitlich nachfolgt und z. B. darin besteht, daß der Gläubiger es unterlassen hat, den bereits eingetretenen Schaden abzuwenden oder zu mindern. Der Einwand der Mitverursachung wirkt also bald rechtshindernd, — so, wenn die Handlung des Gläubigers bei der Entstehung des Schadens selbst mitgewirkt hat, — (Beispielsfall a), bald rechtsvernichtend, wenn die Mitverursachung ihren Grund in Umständen hat, die sich nach dem schädigenden Ereignis vollzogen haben (Beispielsfall b). Es wäre glatte Willkür, wollte man die Beweislast für die Mitverursachung verschieden verteilen, je nachdem die Mitverursachung im Einzelfall rechtsvernichtend oder rechtshindernd wirkt[21]), ganz abgesehen davon, daß es oft große Schwierigkeiten bereitet, festzustellen, wann die mitverur-

21) Vgl. Rosenberg, S. 170, 171; siehe auch RG.: 83, 17; Leonhard, S. 318, 319 zu § 254 BGB.

sachende Handlung vorgenommen worden ist, und hiernach zu entscheiden, ob der Einwand der Mitverursachung rechtshindernde oder rechtsvernichtende Wirkung hat. Leonhard, der ja den Begriff der rechtshindernden Tatsachen ablehnt und streng genommen zu einer unterschiedlichen Beweislastverteilung kommen müßte, je nachdem die Mitverursachung zeitlich vor oder nach Eintritt des ersten Erfolges liegt, versucht dieses Ergebnis vergeblich mit der Begründung abzuwenden, daß in der Entstehung des ersten Erfolges noch keine Rechtswirkung und daher auch in der nachträglichen Änderung des Erfolges keine nachträgliche Gegenwirkung zu erblicken sei [22]). Es ist wirklich unerfindlich, wie solchen auf den Bestand und den Umfang eines Rechtes wirkenden Handlungen schlechthin jegliche Rechtswirkungen abgesprochen werden können. Die Unmöglichkeit einer verschiedenen Beweislastregelung, je nachdem eine Tatsache bald rechtsvernichtend und bald nur rechtshindernd wirkt, ist jedenfalls ein gewichtiges Indiz für die Richtigkeit der von uns vertretenen Einredetheorie. Ob der Einwand der Mitverursachung und des konkurrierenden Verschuldens als eine ex officio zu beachtende Einwendung oder eine nur auf Berufung des Schuldners zu beachtende Einrede im technischen Sinne anzusehen ist, ist eine viel erörterte Streitfrage, zu der hier jedoch nicht Stellung genommen zu werden braucht, da die Beweislastverteilung von ihrer Entscheidung nicht abhängt. Die Prüfung gewisser Umstände von Amts wegen ist ja keinesfalls etwa gleichbedeutend mit der Geltung der Untersuchungsmaxime. In allen Fällen, wo nur Mitverursachung durch den Gläubiger eingewendet wird, muß demnach der Schuldner diese Mitverursachung beweisen, wenn er nicht für den ganzen Schaden verantwortlich gemacht werden will. Die Frage der Beweislast hinsichtlich der Mitverursachung kann naturgemäß nur dann Bedeutung gewinnen, wenn der Einwand der Mitverursachung auch materiellrechtlich erheblich ist. Letzteres trifft aber regelmäßig nur dann zu, wenn neben der Mitverursachung auch ein mitwirkendes Verschulden eingewendet wird. Der Einwand aus § 254 BGB. ist ja überhaupt nur unter dem Namen „Einrede des konkurrierenden Verschuldens“ bekannt. Da das Verschulden immer nur in einer

22) Leonhard, S. 319.

Handlung oder Unterlassung des Geschädigten erblickt werden kann, so muß, wenn ein konkurrierendes Verschulden eingewendet wird, notwendig stets auch die Mitverursachung behauptet werden. Es gibt aber auch Fälle, in denen die bloße Mitverursachung durch den Geschädigten bereits die Anwendung des § 254 BGB. rechtfertigt. Es trifft dies in den Fällen zu, in welchen die bloße Mitverursachung schon eine Haftung ohne Verschulden, insonderlich eine Gefährdungshaftung begründet. Daß auch in diesen Fällen der § 254 BGB. anwendbar ist, ist heute kaum noch bestritten[23]) und rechtfertigt sich auch durch den Wortlaut des § 254 BGB., nach welchem der Umfang des zu leistenden Ersatzes davon abhängig gemacht wird, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Auf die Frage der Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines konkurrierenden Verschuldens, die bedauerlicherweise oft nicht scharf genug von der Frage der Beweislast in Ansehung der Mitverursachung geschieden wird, kann an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden.

Würde man einmal die analoge Anwendbarkeit des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung unterstellen, so würde die Frage aufzuwerfen sein, ob diese Bestimmung nicht den Gläubiger von der Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Eintritt des Schadens befreit. Die Bedeutung des § 282 BGB. erschöpft sich nämlich nicht darin, daß er die Beweislast hinsichtlich des Tatumstandes Verschulden regelt. Nach dem eindeutigen Wortlaut enthebt der § 282 BGB. den Gläubiger auch des Nachweises, daß die Unmöglichkeit durch eine Handlung bezw. Unterlassung des Schuldners verursacht worden ist. Er befreit den Gläubiger aber nicht zugleich von der Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Eintritt des Schadens[24]). Der Gläubiger muß vielmehr nachweisen, daß ihm gerade durch die Unmöglichkeit ein Schaden entstanden ist. Dieser Beweis wird sich allerdings in den meisten Fällen erübrigen, sodaß der Gläubiger in der Regel nur die Unmöglichkeit und die Schadenshöhe zu beweisen haben wird, wohingegen der Schuldner

---

23) Enneccerus zu § 236, 3, Anm. 13.

24) Vgl. Lindemann-Soergel zu § 282 BGB., Anm. 1; vgl. auch Leonhard, S. 338 zu § 287 BGB.; Brecht in Jher. Jhbch., Bd. 53, S. 248.

gemäß § 282 BGB. die Beweislast dafür trägt, daß die Unmöglichkeit entweder nicht auf einer eigenen Handlung oder Unterlassung beruht, (sondern z. B. auf einem Verhalten des Gläubigers) oder daß das zwar kausale eigene Verhalten von ihm nicht zu vertreten ist. Selbst wenn man also den § 282 BGB. entsprechend auf die positive Forderungsverletzung anwenden würde, so würde der Gläubiger trotzdem die Beweislast dafür haben, daß in den Fällen der Gruppe I a der Schaden durch die mangelhafte Erfüllung, die sich ja als teilweise Unmöglichkeit darstellt, verursacht worden ist. So würde trotz der Bestimmung des § 282 BGB. der Gläubiger beweisen müssen, daß die Pferde auf Grund der Fütterung mit den giftigen Rizinussamenkörnern und nicht auf Grund einer Seuche erkrankt und eingegangen sind. Hingegen ist der Gläubiger in den Fällen der Gruppe I a von dem Nachweis, daß eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Schuldners die mangelhafte Erfüllung bedingt hat, durch den insoweit unmittelbar anwendbaren § 282 BGB. befreit. — In den Fällen der Gruppe I b der positiven Forderungsverletzung ist zwischen der Handlung des Schuldners und dem Schadenseintritt nicht die Unmöglichkeit als weiterer Tatumstand eingeschaltet. Der Eintritt des Schadens ist hier wie beim deliktischen Schadensersatzanspruch die unmittelbare Folge der Handlung des Schuldners. Da nun der § 282 BGB., wie betont, keine Beweislastregel für den Fall gibt, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung und Eintritt des Schadens streitig ist[25]), so kann schon aus diesem Grunde die analoge Anwendung des § 282 BGB. den Gläubiger nicht vom Nachweise des Kausalzusammenhangs zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt befreien.

III. Die Beweislast hinsichtlich der Höhe des Schadens.

Auch die Höhe des Schadens steht zur Beweislast des Schadensersatz begehrenden Gläubigers[26]). Das folgt schon daraus, daß der Gläubiger für den Eintritt eines Schadens überhaupt beweispflichtig ist. Der Gläubiger muß nicht nur nach-

25) So auch Rostock, Meckl. Ztschr.: Bd. 40, S. 129.

26) Vgl. Rosenberg, S. 182; RG.: 76, 362; RG. in Gruch. Beitr.: Bd. 56, S. 120; RG. in Seuff. Arch., Bd. 71, Nr 230; and. Ans. OLG. Naumburg in Rspr. OLG.: Bd. 12, S. 90.

weisen, daß er einen Anspruch hat, er muß vielmehr auch den behaupteten Umfang seines Rechts im Bestreitungsfalle nachweisen. Bei Schadensersatzklagen muß ja auch grundsätzlich, soweit die Auswirkungen der Schadensursache bereits abgeschlossen sind, der Klageantrag gemäß § 253 ZPO. beziffert sein oder doch der eingeklagte Geldbetrag sich wenigstens aus den gegebenen Unterlagen ohne weitere Schwierigkeiten errechnen lassen. Schon aus dieser prozessualen, dem Kläger (Gläubiger) obliegenden Verpflichtung der substantiierten Begrenzung des Streitgegenstandes kann auf die Beweislast des Klägers hinsichtlich des Schadensumfanges geschlosssen werden. Wie beim Nachweis des Eintrittes eines Schadens überhaupt und gleichermaßen auch beim Nachweis der Verursachung, kommt dem Gläubiger auch beim Nachweis der Schadenshöhe der § 287 ZPO. zu Hilfe. Ein oft unmöglicher peinlicher Beweis der Schadenshöhe ist danach nicht unter allen Umständen erforderlich. Darüber, wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft, entscheidet das Gericht hier unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Nach § 287 ZPO. sind demnach die Grundsätze über die Beweislast für die im Einzelfall zweifelhaft gebliebene Entscheidung darüber, wie hoch ein Schaden bemessen ist, nicht unbedingt ausschlaggebend. Bei der Beweiswürdigung hat sich das Gericht aber, wie bereits im § 1 ausgeführt [27]), trotzdem stets der Beweislastverteilung zu erinnern, da anderenfalls die Gefahr besteht, daß das Gericht zweifelhafte tatsächliche Umstände berücksichtigt, die es bei richtiger Beweislastverteilung nicht hätte berücksichtigen dürfen [28]). Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß „die Schadensbemessung nicht auf der Verkennung der Beweislast beruhen oder wesentlich davon beeinflußt sein darf“ [29]). Die Beweislastverteilung ist also auch in Ansehung der gemäß § 287 ZPO. zu entscheidenden Fragen keineswegs etwa ohne jegliche Bedeutung. Hält der Richter nach restloser Erschöpfung der ihm durch § 287 ZPO. verliehenen Mittel die behauptete Schadenshöhe nicht für hinreichend dargetan, so darf die „freie“ Schätzung naturgemäß

27) Vgl. S. 22 der Arbeit.

28) Rosenberg, S. 91, 92.

29) So RG. in JW.: 1914, S. 757[3]; vgl. auch RG. Warn. Rspr.: 1915, Nr. 185 = Recht 1915, Nr. 2087 = LZ. 1915, S. 1102.

auch nicht so ausfallen, daß dem Klageantrag in voller Höhe entsprochen wird, sie muß vielmehr zu Ungunsten des Klägers ausfallen. Bei positiver Forderungsverletzung wird die Beweislast des Gläubigers für die Schadenshöhe — auch im Rahmen des § 287 ZPO. — sich umso nachhaltiger auswirken, als hier im Gegensatz zu der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Unmöglichkeit und Verzug) gerichteten Klage der Umfang des Ersatzanspruches nicht von vorneherein durch den Erfüllungsanspruch und das „Erfüllungsinteresse" fest umgrenzt oder begrenzbar ist, sondern ein besonderer Schadensersatz geltend gemacht wird, der nicht Surrogat des Erfüllungsanspruches ist.

Der Einwand der Vorteilsausgleichung (der compensatio lucri cum damno) ist von dem sich auf die Vorteilsausgleichung berufenden Schuldner zu beweisen. Dies ist unbestritten für den Fall, in welchem der den Schaden ausgleichende und den Vorteil herbeiführende Umstand n a c h dem Eintritt des schädigenden Ereignisses verwirklicht worden ist, d. h. der Vorteil erst nach dem Eintritt des Schadens entstanden ist[30]); denn hier handelt es sich eindeutig um eine rechtsvernichtende Einwendung. Wenn der Schaden jedoch — ganz oder teilweise — g e i c h z e i t i g mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses durch die gleiche oder eine gleichzeitig wirkende Ursache wieder ausgeglichen worden ist, so stellt sich die Berufung auf die Vorteilsausgleichung als Geltendmachung einer rechtshindernden Tatsache dar, die, wie ausgeführt, vom Schuldner zu beweisen ist. Der Schuldner bestreitet nicht, daß eine Ursache eine bestimmte schädigende Wirkung gehabt hat. Er behauptet lediglich, daß diese Ursache zugleich eine entgegengesetzte, den Schaden ausgleichende Rechtswirkung ausgelöst habe. Für diese selbständige Rechtswirkung ist der Schuldner beweispflichtig. In den Fällen, in welchen der erlangte Vorteil in einem Anspruch des Geschädigten gegen Dritte besteht, läßt sich doch auch kaum bestreiten, daß der die Vorteilsausgleichung bewirkende und die Entstehung des Schadensersatzanspruches ganz oder teilweise hindernde Umstand nicht eine selbständige, dem Hauptanspruch entgegengesetzte Rechtswirkung ausgelöst habe. Die Praxis legt denn auch einhellig dem Beklagten die Beweislast

30) L e o n h a r d, S. 319; R o s e n b e r g, S. 171.

für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung auf[31]). Leonhard will in konsequenter Durchführung seiner Theorie die Beweislastverteilung davon abhängig machen, ob der Vorteil früher, gleichzeitig oder nach dem Eintritt des schädigenden Ereignisses entstanden ist. Wird der Schaden durch einen zeitlich nachfolgenden Umstand ausgeglichen, so liegt nach den Ausführungen Leonhard's, die insoweit auch von uns gebilligt werden, eine selbständige nachträgliche Gegenwirkung vor, welche den bereits entstandenen Schadensersatzanspruch ganz oder teilweise zerstört. Hier ist der Beklagte beweisbelastet. Aus der Verneinung des Begriffes der rechtshindernden Tatsachen kommt Leonhard für den Fall, daß der Vorteil gleichzeitig oder früher als das schädigende Ereignis bewirkt worden ist, notwendig zur Beweislast des Klägers für das Nichtgegebensein der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung; denn nach der Ansicht Leonhard's ist in diesen Fällen ein Schaden niemals eingetreten und ein Anspruch niemals entstanden[32]). — Zunächst kann von einer eigentlichen Vorteilsausgleichung dann nicht gesprochen werden, wenn der Vorteil früher eintritt als der erst auszugleichende Schaden. Im übrigen sind solche Fälle auch nur äußerst schwer vorstellbar. Abgesehen von den bereits erörterten Gründen, die für die Beweislast des Schuldners sprechen, würde es aber auch — ähnlich wie bei der Frage der Beweislast hinsichtlich der Mitverursachung — den Anschein der Willkür erwecken, wenn man die Beweislast unterschiedlich regeln würde, je nachdem der ausgleichende Vorteil früher, gleichzeitig oder später als das schädigende Ereignis eintritt; denn Schaden und Vorteil müssen ja in allen Fällen der Vorteilsausgleichung in demselben Tatsachenkomplex ihre Wurzeln haben[33]); sodaß es sich auch um einen im wesentlichen gleichzeitig erlangten Vorteil handeln muß[34]). Umsoweniger ist die unterschiedliche Beweislastverteilung zu rechtfertigen. Leonhard ist auch bei der Vorteilsausgleichung gezwungen, die unmöglichen Folgen der nach seiner Ansicht weitgehenden Beweislast des Klägers für das

31) So ROHG.: 18, 372; 22, 188; RG.: 54, 142; 84, 386 ff.; RG. Warn. Respr. 1909, Nr. 129 und 498; OLG. München in Rspr. OLG.: Bd. 32, S. 391 u. a.

32) Leonhard, S. 319.

33) RG.: 103, 406.

34) RG.: 100, 255.

Nichtvorliegen rechtshindernder Tatsachen durch reichliche Inanspruchnahme des „Sicherheitsventils der Beweiswürdigung“ abzuschwächen. — Der Kausalzusammenhang wird in den Fällen, in welchen sich der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schuldner auf eine Vorteilsausgleichung beruft, nicht bestritten. Es steht nur die Frage des Schadensumfanges zur Diskussion. Es widerspricht sich daher auch nicht, daß der Einwand der Alleinverursachung vom Kläger widerlegt und der Einwand der völligen Vorteilsausgleichung vom Beklagten bewiesen werden muß; denn, wird eingewendet, daß der Schaden allein auf das Verhalten des Gläubigers zurückzuführen sei, so wird hier zugleich mit dem Kausalzusammenhang der Klagegrund bestritten, während bei dem Einwand der Vorteilsausgleichung sämtliche den Schadensersatzanspruch begründenden Umstände vorliegen und die Verletzung eines Rechtes oder einer Sache sich nur deswegen nicht als Schaden auswirkt, der bei isolierter Betrachtung fraglos vorliegt, weil das schädigende Ereignis zugleich auch einen Vorteil verursacht hat.

IV. Die Beweislast hinsichtlich der objektiven Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung.

Die objektive feststehende Verletzung wird im allgemeinen ohne weiteres den Schluß darauf zulassen, daß die verletzende Handlung gegen die Gebote der Rechtsordnung verstößt, d. h. rechtswidrig ist; denn es besteht ja, wie ausgeführt, eine unmittelbar aus dem Schuldverhältnis entspringende Treuepflicht, bei Erfüllung der Verbindlichkeit den Gläubiger an seinem Vermögen nicht anderweit zu verletzen, mit anderen Worten, eine Pflicht, ordnungsmäßig zu erfüllen. Jede gegen diese Pflicht verstoßende Handlung bezw. Unterlassung ist objektiv rechtswidrig, falls nicht besondere Rechtssätze ausnahmsweise diese Verletzung rechtfertigen. Zu beachten ist allerdings, daß es einen absoluten Begriff der Rechtswidrigkeit nicht gibt, und daß eine Handlung nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses noch nicht rechtswidrig zu sein braucht, wenn sie bei Ausschaltung des Schuldverhältnisses allgemein gegen die Rechtsordnung verstoßen und sich als unerlaubte Handlung darstellen würde. Was ohne den Vertrag unerlaubt

ist, kann auf Grund des Vertrages sehr wohl erlaubt sein[35]). In einem Falle, in welchem z. B. der Schuldner auf besondere Anweisung des Gläubigers eine bestimmte, notwendig mit Gefahr für andere Vermögensgegenstände des Gläubigers verbundene Art der Erfüllungsvornahme wählt, kann es sehr wohl zweifelhaft sein, ob eine schädigende Handlung nach dem Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen als objektiv rechtswidrig anzusehen ist. — Regelmäßig wird es also, wenn im übrigen der äußere Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung gegeben ist, keines besonderen Nachweises der Rechtswidrigkeit bedürfen. Die Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung ist jedoch fast ausnahmslos Voraussetzung der Haftung und damit der Anwendbarkeit der Normen, aus welchen der Gläubiger seinen Anspruch herleitet. Die objektive Rechtswidrigkeit steht daher gleichfalls zur Beweislast des Gläubigers (Klägers).

Für die auf selbständigen Gegennormen beruhenden Rechtfertigungsgründe, wie insbesondere für das Gegebensein einer zivilrechtlichen und strafrechtlichen Notwehrlage, und für das Vorliegen des zivilrechtlichen aggressiven (§ 904 BGB.) und defensiven Notstandes (§ 228 BGB.), der Einwilligung des Verletzten in die schädigende Handlung usw. trägt der sich auf sie berufende Schuldner die Beweislast. Auch hier handelt es sich um solche, die Entstehung des Anspruchs hindernde, Umstände (mit Ausnahme der nachträglichen Einwilligung) und somit wieder um rechtshindernde Tatsachen. Das Postulat der Vollständigkeit des Tatbestandes, aus welchem Leonhard[36]) die Beweislast des Klägers für das Nichtvorliegen von rechtshindernden Tatsachen herleitet, darf allein so verstanden werden, daß der Kläger sämtliche Voraussetzungen gerade des Rechtssatzes, auf den er seinen Anspruch stützt, zu beweisen hat, nicht auch das Fehlen sämtlicher die Entstehung des Anspruchs etwa hindernder Umstände, die auf selbständigen Gegennormen beruhen, — woraus zu schließen ist, daß der Gesetzgeber sie mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestattet hat[37]). — Die herrschende Lehre legt somit folgerichtig dem Beklagten die Beweislast für das Gegebensein von Rechtferti-

35) Lent, Bd. I, S. 280.
36) Leonhard, S. 124 ff.
37) Rosenberg, S. 181.

gungsgründen auf[38]). Die Fälle, in welchen die positive Forderungsverletzung in einer Notwehr- oder in einer Notstandslage vorgenommen wird, werden im übrigen nicht allzu häufig sein. Es kommen hier nur Fälle der Gruppe I b in Betracht. Ist die Notwehrlage der §§ 227 BGB., 53 StGB. oder die Notstandslage des § 228 BGB. durch den Gläubiger herbeigeführt worden, so hat der Gläubiger den Schaden zugleich mitverursacht. Schon aus diesem Grunde muß hier den Schuldner die Beweislast für das Vorliegen einer Notwehr- bezw. Notstandslage treffen. Relativ am häufigsten wird sich noch ein aggressiver Notstand bei Vornahme einer Erfüllungshandlung ereignen können. Hier kann ausnahmsweise der Fall eintreten, daß eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung ohne Rechtswidrigkeit und Verschulden besteht, — (§ 904 Satz 2 BGB.) — da ja die Notstandshandlung gerade die positive Forderungsverletzung enthält. — Als Beispiel für einen Fall des Defensivnotstandes, in welchem die Notstandshandlung zugleich positive Forderungsverletzung ist, sei folgendes genannt: „ein Angestellter in einer chemischen Fabrik, der eine gefährliche explosive Flüssigkeit herzustellen hat, beschädigt hierbei schuldhaft den Flüssigkeitsbehälter. Als er sieht, daß dem Behälter giftige Gase entströmen, die in größeren Mengen tödliche Wirkung haben müssen, schleudert er den Behälter durchs Fenster. Hierdurch entsteht draußen auf dem Fabrikhof eine Explosion, durch welche dem Fabrikunternehmer großer Schaden zugefügt wird." Es würde zu weit führen, allen Möglichkeiten des Zusammentreffens von positiver Forderungsverletzung und Rechtfertigungsgründen nachzugehen und die sich hieraus ergebenden besonderen Beweislastfragen zu erörtern. Die Feststellung, daß die Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen nicht Leugnen des Klagegrundes ist[39]) und daß die Rechtfertigungsgründe als rechtshindernde Tatsachen von dem sich auf sie berufenden und durch

---

38) So insbesondere für Notwehr und Notstand: Wach in ZZP., Bd. 29, S. 389 Gaupp-Stein-Jonas zu § 282, IV, 4; Betzinger, S. 67 u. 173; Rosenberg, S. 39; Beckh, S. 212; Förster-Kann I, 724, 735; RG.: 33, 352 ff.; JW. 1903, S. 54; 1905, S. 14; 1907, S. 138 = Seuff. Arch.: Bd. 62, Nr. 152 = Gruch. Beitr.: Bd. 51, S. 907; Recht 1913, Nr. 1972; Seuff. Arch.: Bd. 76, Nr. 128; and. Ans. nur Leonhard, S. 305 ff. u. 384 und Hellwig, System, Bd. I, S. 473, Anm. 13.

39) So für die Notwehr: Lindemann-Soergel zu § 227, Anm 3.

sie begünstigten Schuldner zu beweisen sind, mag hier genügen. Auch in den Fällen, in welchen trotz des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen eine ausdrückliche Haftung des Beklagten für den entstehenden Schaden gesetzlich festgelegt ist, (vgl. z. B. § 228 Satz 2 BGB.) trifft nicht etwa den Geschädigten die Beweislast für das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen. Die besonderen Voraussetzungen der trotz des Bestehens von Rechtfertigungsgründen gegebenen Haftung stehen jedoch zur Beweislast des Schadensersatz fordernden Gläubigers. So muß z. B. der Gläubiger, der trotz unstreitig gegebener zivilrechtlicher Notstandslage Schadensersatz begehrt, nachweisen, daß der handelnde Schuldner die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt hat, und zwar auch dann, wenn die Notstandshandlung zugleich den Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung verwirklicht. Die Entscheidung der Hauptstreitfrage, ob das Verschulden bei der Verletzungshandlung selbst zur Beweislast des Gläubigers steht oder nicht, wird damit nicht vorweggenommen; denn das Verschulden bei Begründung der Notstandslage und bei der Verletzungshandlung selbst sind wohl zu unterscheiden. Da bei einer objektiv rechtmäßigen Handlung naturgemäß ein Verschulden nicht in Betracht kommt, so wird ja durch das Vorliegen der Notstandslage als Folge des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit zugleich auch ein etwaiges Verschulden ausgeschlossen.

V. Die Beweislast hinsichtlich besonderer Voraussetzungen des äußeren Tatbestandes.

Macht der Gläubiger neben oder an Stelle des Schadensersatzanspruches ein Rücktrittsrecht geltend, so muß er weiter nachweisen, daß die weitere Erfüllung des Vertrages ihm im Hinblick auf die Schwere der positiven Forderungsverletzung nicht zumutbar sei und daß die noch ausstehende Leistung für ihn unter diesen Umständen kein Interesse mehr habe. Die Unzumutbarkeit des Bestehenbleibens beim Vertrage und das Nichtbestehen des Interesses sind Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechtes und daher nach unserer Grundregel von demjenigen zu beweisen, der ein Rücktrittsrecht geltend macht [40]).

40) Vgl. Leonhard, S. 61.

Wenn in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b der Schuldner den inneren Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und der Erfüllungshandlung bestreitet, so muß der Gläubiger diesen beweisen, sofern nicht bereits die deliktische Haftung begründet ist. Wäre eine deliktische Haftung aber nicht gegeben oder ist dem Gläubiger der Nachweis des Verschuldens nicht gelungen, das ja grundsätzlich Voraussetzung der deliktischen Haftung ist, so ist der Gläubiger beweispflichtig dafür, daß der Schaden nicht nur bei Gelegenheit der Erfüllung, sondern in Erfüllung der Verbindlichkeit, d. h. unmittelbar durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung zugefügt worden ist. Stützt der Gläubiger seine Klage auf eine positive Forderungsverletzung, so muß er also den inneren Zusammenhang zwischen Erfüllung und Schadenszufügung nachweisen und dartun, daß nicht der äußere Tatbestand eines Delikts, sondern der einer positiven Forderungsverletzung gegeben ist. Es ist unschwer zu erkennen, daß die Frage der Beweislast in Ansehung des Zusammenhangs zwischen Erfüllung und Schadenszufügung vor allem dann bedeutungsvoll werden würde, wenn man dem Schuldner bei der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegen würde, da der Gläubiger dann bzgl. der Beweislast für das Verschulden wesentlich günstiger gestellt wäre, wenn er seine Klage statt auf unerlaubte Handlung auf positive Forderungsverletzung stützen würde. Wie aufgezeigt, gibt es aber zahlreiche Fälle, in denen zwar eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung, nicht hingegen aus unerlaubter Handlung gegeben ist. Wenn z. B. die schädigende Handlung durch einen Erfüllungsgehilfen begangen worden ist und ein vermutetes eigenes Verschulden von vorneherein ausscheidet, so ist der Gläubiger dafür beweispflichtig, daß der Erfüllungsgehilfe die schädigende Handlung nicht nur bei Gelegenheit der Erfüllung, sondern bei der Erfüllungsvornahme ausgeführt hat. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a ist der innere Zusammenhang zwischen Erfüllung und Schadenszufügung stets gegeben, da der besondere Schaden hier ja durch die schlechte Erfüllung verursacht wird.

Damit sind die beim äußeren Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung auftauchenden Beweislastfragen erschöpft. Das Ergebnis ist, wie folgt, zusammenzufassen: der Gläubiger

trägt in allen Fällen der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für die Verletzungshandlung, den Eintritt und die Höhe des Schadens, den Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schadenseintritt, die Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung und die besonderen Voraussetzungen des äußeren Tatbestandes wie insbesondere den Zusammenhang zwischen Erfüllungshandlung und Schadenszufügung. Nur in den Fällen der Gruppe I a der positiven Forderungsverletzung ist der Gläubiger von dem Nachweise, daß eine bestimmte Handlung oder Unterlassung die mangelhafte Erfüllung bedingt hat, durch den hier unmittelbar anwendbaren § 282 BGB. befreit. Dagegen muß auch hier der Gläubiger die Mangelhaftigkeit und schlechte Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes beweisen. Auch wenn die Mangelhaftigkeit nicht auf eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners zurückzuführen ist, sondern z. B. von dritter Seite in einer vom Schuldner nicht zu vertretenen Art und Weise herbeigeführt worden ist, kann übrigens die Ursache des weiteren Schadens in einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners liegen, so z. B., wenn der Schuldner es unterläßt, den Gläubiger von der ihm bekannten Mangelhaftigkeit des Leistungsgegenstandes in Kenntnis zu setzen. Auch in solchen Fällen steht die Handlung bezw. Unterlassung zur Beweislast des Gläubigers.

VI. Das Wesen des Prima-facie-Beweises und seine Bedeutung beim Nachweis des äußeren Tatbestandes einer positiven Forderungsverletzung.

Wenn in unserem Beispielsfall unstreitig feststeht, daß sich in dem verkauften Mais giftige Rizinussamenkörner befunden und daß die Pferde des Käufers diesen Mais gefressen haben, so braucht der Käufer nicht noch besonders nachzuweisen, daß der unmittelbar nach der ersten Fütterung mit diesem Mais eingetretene Tod der Pferde auf den Genuß der Rizinussamenkörner zurückzuführen ist. Der feststehende Sachverhalt spricht in einem solchen Falle in einem so hohen Grade der Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Erkrankung und der Tod der Tiere auf den Genuß der in dem Mais befindlichen Rizinussamenkörner zurückzuführen ist, daß der Beweis der Verursachung „prima facie" als erbracht angesehen werden muß.

Es bleibt nunmehr dem Beklagten überlassen, solche Tatsachen vorzubringen, die geeignet sind, dieses Beweisergebnis zu erschüttern. Hierzu genügt in unserem Beispielsfall, daß der Verkäufer glaubhaft macht, zur Zeit der Erkrankung der Tiere habe in der fraglichen Gegend eine Seuche geherrscht, an welcher auch andere Pferde als die des Käufers eingegangen seien. Der Schuldner (Verkäufer) braucht nicht etwa zu beweisen, daß der Tod der Pferde auf die Seuche zurückzuführen ist. Schon indem er das Vorhandensein einer anderen Ursache als möglich nachweist, erschüttert er den Prima-facie-Beweis. Nunmehr ist es Sache des Gläubigers, nachzuweisen, daß seine Pferde nicht an der Seuche, sondern an dem Genuß des verkauften Maises eingegangen sind, indem er jetzt auch die für Vergiftungserscheinungen sprechenden typischen Umstände des näheren nachweist. Erbringt er diesen Nachweis nicht, so wird er mit seiner Schadensersatzklage abgewiesen. Aus vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, daß sich an der Beweislastverteilung durch den prima facie für den Kausalzusammenhang erbrachten Beweis nichts ändert. Die Beweislast für den Kausalzusammenhang trifft den Schadensersatz fordernden Käufer. Er hat jedoch den ihm obliegenden Nachweis der Verursachung auf Grund gewisser allgemeiner Erfahrungssätze, die bei dem unbestrittenen Sachverhalt anwendbar sind, bereits prima facie erbracht. Der Prima-facie-Beweis ist demnach eine besondere abstrakte Art der Beweisführung mittels allgemeiner Erfahrungssätze, die den Beweisbelasteten vorerst einer besonderen Beweisführungstätigkeit entheben, sodaß es Sache des Beweisgegners ist, das bereits auf Grund der allgemeinen Erfahrungssätze gewonnene Beweisergebnis durch Gegenbeweis und durch Darlegung und Nachweis der konkreten Umstände des Falles zu widerlegen [41]). Im Hinblick auf die große Bedeutung, welche der Erscheinung des Prima-facie-Beweises vor allem auch beim Verschuldensnachweis zukommt, ist es unerläßlich, das Wesen des Prima-facie-Beweises einer kurzen Erörterung zu unterziehen, zumal unter diesem Begriff in Theorie und Praxis oft weit auseinandergehende Dinge verstanden werden und die Entscheidung der Streitfrage, ob der Prima-facie-Beweis eine Beweislastregel ist oder ob er dem Gebiet der Beweiswürdigung angehört, von eminent praktischer Be-

41) Höfer, S. 13.

deutung ist, da die Zulässigkeit gewisser Beweismittel für den „Gegenbeweis" des durch den Prima-facie-Beweis Benachteiligten hiervon abhängt und gleichfalls auch die Frage der Revisibilität bei Verletzung der Grundsätze vom Prima-facie-Beweis.

Die Lehre vom Prima-facie-Beweis hat ihre erste Ausbildung im anglo-amerikanischen Rechtskreis gefunden, was u. a. in der kasuistischen Natur des anglo-amerikanischen Rechts seinen Grund hat. In Deutschland ist die Lehre unter offensichtlicher Beeinflussung durch das englische Vorbild zuerst für das Seerecht entwickelt worden, und zwar speziell für die bei Schiffskollisionen auftretenden Beweislastfragen in Ansehung des Kausalzusammenhangs und des Verschuldens. Aus der Art der Kollision kann in der Tat oft ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß nach dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge" der Zusammenstoß nur auf einem Verschulden des Kapitäns des einen oder des anderen Schiffes beruhen kann. Hier läßt der erste Anschein auf Grund der seemännischen Erfahrungssätze oft besonders augenfällige „Prima-facie-Schlüsse" zu. Umgekehrt kann bei einem Schiffszusammenstoß oft aus der Pflichtverletzung eines Schiffers prima facie auf die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für den Zusammenstoß geschlossen werden [42]). Die auf dem Gebiete des Seerechts entwickelten Grundsätze wandte man dann nach und nach auf gewöhnliche Schadensersatzklagen des bürgerlichen Rechts an, — mochten sie sich nun auf Delikt oder Vertrag stützen —, da hier gleichfalls der strikte Nachweis des Verschuldens und, was man eigentümlicherweise erst etwas später erkannte, des Kausalzusammenhangs häufig unmöglich war. Schließlich wurde der Prima-facie-Beweis zur Ausfüllung sämtlicher Beweislücken auf dem ganzen Gebiet des Schadensersatzrechtes herangezogen.

Die Hauptgründe, die für die Ansicht angeführt werden, welche in der Erscheinung des Prima-facie-Beweises eine Beweislastnorm erblickt [43]), sind folgende: Einmal beruhe der

---

42) So RG.: 76, 297; vgl. auch Piechotta, der Prima-facie-Beweis im deutschen und englischen Schiffskollisionsrecht in JW. 1934, S. 2445.

43) Diese Ansicht wird vertreten von: Heinsheimer in Rhein. Ztschr. 13. Jhgg. 1924, S. 1 ff.; Smid: der Prima-facie-Beweis (Berlin 1925); Rabel in Rhein. Ztschr. 12. Jhgg., S. 428 ff.

Prima-facie-Beweis gar nicht auf Erfahrungssätzen. Der „gewöhnliche Lauf der Dinge" sei eine Allerweltsweisheit, aber kein Erfahrungssatz. Gerade der Umstand, daß diese angeblichen Erfahrungssätze nur zu einer gewissen Wahrscheinlichkeit führten, zeige, daß es sich nicht um Erfahrungssätze handele, die allein ganz bestimmte und eindeutige Schlüsse zulassen dürften [44]). Weiter stelle sich die Beweiswürdigung als eine „schlechthin individuelle Betrachtung des konkreten Einzelfalles dar". Der Prima-facie-Schluß werde aber in den meisten Fällen ohne Rücksicht auf den konkreten Sachverhalt auf Grund allgemeiner Erfahrungssätze gezogen. So ergebe sich die abstrakte Natur der Regeln des Prima-facie-Beweises schon daraus, daß allgemein bei objektiv deliktischen Verstößen der Beweis des Verschuldens als geführt angesehen werde. Die Regeln des Prima-facie-Beweises würden also unmittelbar aus dem abstrakten Tatbestand des Gesetzes und nicht aus auf den konkreten Einzelfall angewendeten Erfahrungssätzen hergeleitet. Es handele sich daher um Beweislastnormen des materiellen Rechts. — Von den Vertretern dieser Ansicht wird auch darauf hingewiesen, daß das Revisionsgericht unbedingt die Möglichkeit haben müsse, die auf Grund des Prima-facie-Beweises getroffenen Tatsachenfeststellungen zu revidieren und weiter auch die Anwendung oder Nichtanwendung des Prima-facie-Beweises durch die Vorinstanz in ihren Wirkungen rückgängig zu machen, d. h. also zu der Frage Stellung nehmen zu können, ob die Grundsätze des Prima-facie-Beweises überhaupt oder doch richtig angewandt worden sind. Anderenfalls könne der Gefahr der Verflachung und Verflüchtigung des Beweisrechts nicht energisch genug entgegengetreten werden. Nach der herrschenden Ansicht über das Wesen des Prima-facie-Beweises dürfe das Revisionsgericht streng genommen niemals aussprechen, daß der Vorderrichter auf Grund der Anwendung der Regeln vom Prima-facie-Beweis eine Tatsache für wahr oder unwahr halten müsse [45]). Bemerkenswerterweise verführen aber die Revisionsurteile häufig in dieser Weise, indem sie aussprächen, daß die Grundsätze des Prima-facie-Beweises verkannt worden seien und daß ihre richtige Anwendung zu einem ganz bestimmten anderen Ergebnis geführt haben würde.

44) Heinsheimer, a. a. O., S. 5.

45) Heinsheimer, S. 4.

Gegenüber dieser Argumentation ist festzustellen, daß jede Beweiswürdigung die Erfahrungssätze des Lebens berücksichtigen darf und muß, wobei unter Erfahrungssätzen ganz allgemein die sich vor allem in der Praxis herausbildenden Sätze zu verstehen sind, die besagen, daß ein feststehender Sachverhalt sich regelmäßig in einer ganz bestimmten typischen Art und Weise entwickelt habe und daß der „gewöhnliche Lauf der Dinge" eine ganz bestimmte Annahme z. B. von dem Ursachenverlauf rechtfertige. Heinsheimer[46]) scheint unter Erfahrungssätzen nur solche wissenschaftliche oder sonstige Erkenntnissätze zu verstehen, die ganz eindeutige Schlüsse zulassen und den vollen Beweis einer Tatsache begründen und nicht nur einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit. Auf solchen Erkenntnissätzen, die allgemein auch nicht als Erfahrungssätze bezeichnet werden[47]), beruht die Erscheinung des Prima-facie-Beweises allerdings nicht. Im übrigen sind auch „Allerweltsweisheiten" zu berücksichtigen, wenn sie eine Partei einer besonderen Beweisführung entheben bezw. den ihr obliegenden Beweis erleichtern. Es trifft auch nicht zu, daß der abstrakte materiellrechtliche Gesetzestatbestand und nicht der konkrete Sachverhalt die Grundlage für die Regeln vom Prima-facie-Beweis ist. Ob etwas auf Grund des ersten Anscheins erwiesen ist, kann sich nur aus dem konkreten Sachverhalt ergeben. Richtig ist allein, daß dort, wo wie im Gebiet der unerlaubten Handlungen ganz einfache Gesetzestatbestände gegeben sind (z. B. § 823 Abs. I BGB.), der Prima-facie-Schluß öfter und leichter gezogen werden kann, zumal hier auch die Lebenstatbestände oft so gelagert sind, daß die Subsumtion keinerlei Schwierigkeiten bereitet. In solchen Fällen wird allerdings oft der irrige Anschein erweckt, als werde der Prima-facie-Schluß ohne Rücksicht auf den konkreten Fall aus dem abstrakten Gesetzestatbestand gezogen, was zu dem Trugschluß führt, es handele sich bei den Grundsätzen des Prima-facie-Beweises um Beweislastnormen, die in ihrer Wirkung gesetzlichen Tatsachenvermutungen gleichkämen. In Wirklichkeit gibt es überhaupt keine Fälle, in welchen darauf verzichtet werden könnte, den konkreten Einzelfall zu untersuchen und hiernach festzustellen, ob vielleicht auf Grund des ersten Anscheins bereits der Nach-

46) Heinsheimer, S. 4.

47) Bayr. Ob. L. G.: 20, 195.

weis für den Kausalzusammenhang, das Verschulden oder einen sonstigen Tatumstand als erbracht angesehen werden kann. Schon die leiseste Verschiebung eines Merkmales im Sachverhalt kann oft die Anwendung der Erfahrungssätze ausschließen[48]). So kann z. B., wenn in unserem Beispielsfall unstreitig ist, daß in der unmittelbaren Nachbarschaft des Käufers zahlreiche Pferde an einer Seuche eingegangen sind, der Prima-facie-Schluß auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Tod der Pferde und dem Genuß des verkauften Maises nicht gezogen werden. Das Wesen der Erfahrungssätze besteht gerade darin, daß sie im Gegensatz zu den Rechtsnormen und insbesondere den gesetzlichen Tatsachenvermutungen nicht unbedingt und in jedem Falle angewendet sein wollen. Die Erfahrungssätze haben keine normative Kraft. Während die gesetzlichen Vermutungen, falls ihre Voraussetzungen vorliegen, unbedingt und auch gegen die Überzeugung des Richters angewandt werden müssen, — die Beweislast hat hier keinerlei Einfluß —, rechtfertigen die Erfahrungssätze niemals ohne Rücksicht auf die Überzeugung des Richters einen bestimmten Schluß. Die Erfahrungssätze wirken gerade auf die Überzeugung des Richters bei Subsumierung eines konkreten Sachverhalts unter das Gesetz ein. Aus alledem geht zwingend hervor, daß die Erscheinung des Prima-facie-Beweises ausschließlich dem Gebiete der Beweiswürdigung angehört. Sie liegt nicht etwa nur, wie R a b e l meint, im zweifelhaften Grenzgebiet zwischen Beweislast und Beweiswürdigung. Auch das Reichsgericht[49]) hat in neueren Entscheidungen unter eingehender Erörterung des Wesens des Prima-facie-Beweises festgestellt, daß der Anscheinsbeweis in das Gebiet der Erfahrungssätze und damit der Beweiswürdigung fällt und somit seine früheren Entscheidungen[50]) korrigiert, in welchen es noch angenommen hatte, daß sich die Beweislast auf Grund des Prima-facie-Beweises umkehre. Die Folgerungen, die sich aus der herrschenden Auffassung des Prima-facie-Beweises als einer Beweiswürdigungsregel ergeben, sind von großer praktischer Bedeutung:

---

48) R o s e n b e r g, S. 214.

49) So u. a. in RG.: 134, 241; RG. in JW. 1928, S. 2213.

50) RG. Warn. Rspr.: 1913, Nr. 421 a. E.; Recht 1919, Nr. 391; Warn. Rspr.: 1920, Nr. 132; LZ.: 1921, S. 143 u. a.; vgl. auch S. 212 der Arbeit.

a) Die auf Grund des Prima-facie-Beweises getroffenen tatsächlichen Feststellungen binden das Revisionsgericht. (§ 561 Abs. II ZPO.). Nachprüfbar durch das Revisionsgericht sind jedoch die Erfahrungssätze selbst; denn, wenn die Erfahrungssätze auch keinesfalls etwa selbst Rechtsnormen sind, so haben sie ihrer Natur nach doch dasjenige mit Rechtsnormen gemeinsam, daß sie als nicht beweisbedürftig gleich gewissen Rechtsnormen als Maßstab zur Beurteilung eines Sachverhalts und zur Entscheidung über Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachen herangezogen werden. Sie müssen daher auch in gleicher Weise durch das Revisionsgericht nachprüfbar sein [51]). Nachprüfbar ist also insbesondere, ob der angewendete Erfahrungssatz auch wirklich besteht, ob er überhaupt für den konkreten Fall hätte angewendet werden dürfen und ob bei Anwendung der Grundsätze vom Prima-facie-Beweis nicht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt worden ist. Nicht nachprüfbar sind die auf Grund des Prima-facie-Beweises getroffenen Tatsachenfeststellungen. Besteht der angewendete Erfahrungssatz und ist er den Urteilsgründen klar zu entnehmen [52]), ist seine Anwendung auch noch freie, nicht willkürliche Beweiswürdigung, so hat das Revisionsgericht damit, soweit es sich um den Prima-facie-Beweis dreht, seine Tätigkeit erschöpft. An die auf Grund des Prima-facie-Beweises getroffenen Feststellungen ist es gebunden. Das Revisionsgericht kann also auch nur feststellen, daß ein Erfahrungssatz von der Vorinstanz nicht beachtet ist oder, daß ein angewendeter Erfahrungssatz des vom Vordergericht angeführten Inhalts gar nicht besteht. Dagegen kann das Revisionsgericht dem Vordergericht niemals vorschreiben, daß es auf Grund des Prima-facie-Beweises zu einem ganz bestimmten Ergebnis zu gelangen und eine Tatsache für wahr oder unwahr zu halten habe. Es kann lediglich sagen, daß bei richtiger Erkenntnis des Erfahrungssatzes das Ergebnis ein anderes hätte sein können. Die gegenteilige Auffassung würde dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zuwiderlaufen. Das Revisionsgericht kann auch

---

51) So RG. in Gruch. Beitr., Bd. 57, S. 104; RG. in JW. 1914, S. 36[6]; Recht 1922, Nr. 1678; Baumbach zu § 550, 2, B; Seuff.-Walsmann zu § 549, II, 5; Rosenberg, Lehrb., § 146, III, 1, a; RG.: 99, 71, vgl. hierzu auch Stein in JW. 1922, S. 1491.

52) RG. in Jur. Rdsch.: 1930, S. 653.

nicht gemäß § 565 Abs. III Ziff. 1 ZPO. sofort in der Sache selbst entscheiden, wenn es einen Erfahrungssatz für nicht richtig angewandt hält.

b) Aus der Auffassung des Prima-facie-Beweises als einer Beweiswürdigungsregel folgt weiter, daß, wie bereits betont, der Beweis des ersten Anscheins nicht eine Umkehrung der Beweislast bedingt, wie dies besonders früher vielfach angenommen wurde[53]). Der durch den Prima-facie-Beweis Benachteiligte braucht nicht positiv die Unrichtigkeit der auf Grund des ersten Anscheins als bewiesen erachteten Tatsachen nachzuweisen. Er ist überhaupt nicht beweisbelastet. Er braucht lediglich den Anscheinsbeweis aus dem Wege zu räumen und die Überzeugung, die sich der Richter auf Grund eines Erfahrungssatzes gebildet hat, zu erschüttern, sodaß es nach den besonderen Umständen des Falles zweifelhaft erscheint, ob der Erfahrungssatz angewandt werden kann. Ein Beispiel ist hierfür schon angeführt worden. Derjenige, zu dessen Ungunsten der Erfahrungssatz wirkt, trägt also nicht die Beweislast für die Unrichtigkeit der auf Grund des Erfahrungssatzes prima facie als erwiesen angesehenen Tatsachen, wie dies bei der gesetzlichen Tatsachenvermutung der Fall ist, er braucht nicht den „Beweis des Gegenteils" zu führen, sondern ist lediglich „gegenbeweispflichtig"[54]). Die Möglichkeit des Gegenbeweises ist aber keine Besonderheit des Prima-facie-Beweises. Vielmehr steht der Gegenbeweis dem Gegner des Beweisbelasteten ja stets offen, da jeder Beweis nur einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begründet[55]). Daraus, daß die Beweislast sich beim Prima-facie-Beweis in keiner Weise ändert, ergibt sich weiter, daß dem nichtbeweisbelasteten Gegenbeweisführer der Antrag auf Parteivernehmung (§ 445 ZPO.) als Beweismittel nicht zur Verfügung steht, da er nicht beweispflichtig ist, (arg. § 448 ZPO.) nicht etwa deswegen, weil das Gericht das Gegenteil für erwiesen erachtet[56]). Das Wesen des Prima-facie-Beweises wird besonders klargestellt durch einen Vergleich

---

53) So z. B. Beckh, S. 13, 221; Fitting, S. 73; vgl. auch Kreß, S. 17.

54) Vgl. RG. in JW. 1928, S. 2213; RG.: 134, 241; vgl. auch Seite 20 dieser Arbeit.

55) Stein: das private Wissen des Richters, S. 36.

56) Baumbach zu § 445 ZPO, D, 2.

seiner Wirkungen mit denjenigen einer gesetzlichen Vermutung, insbesondere einer gesetzlichen Tatsachenvermutung. So sehr sich auch der Prima-facie-Beweis und die widerlegliche gesetzliche Vermutung hinsichtlich der durch sie geschaffenen Sachlage zu gleichen scheinen, insofern sie in bestimmtem Umfange den Beweispflichtigen der Beweisführungspflicht entheben, sie haben in Wirklichkeit nur das gemeinsam, daß ihnen die Rechtsscheinidee zugrundeliegt [57]). Abgesehen hiervon unterscheiden sich gesetzliche Vermutung und Prima-facie-Beweis sowohl in ihrer Wirkung auf die Beweislast für die von ihnen betroffenen Tatsachenfeststellungen wie durch die Art, in welcher die aus ihrer Anwendung hergeleiteten Folgerungen gezogen werden. Beim Prima-facie-Beweis schließt der Richter aus einem allgemeinen Erfahrungssatz, bei der gesetzlichen Vermutung schließt das Gesetz aus dem Vorliegen bestimmter Tatsachen auf das Gegebensein einer anderen Tatsache. Die gesetzliche Vermutung, insbesondere die gesetzliche Tatsachenvermutung ist Beweislastnorm. Sie ändert die Beweislast. Beweisbelastet ist derjenige, zu dessen Ungunsten die gesetzliche Vermutung wirkt. Für die gesetzliche Tatsachenvermutung geht dies aus § 292 Satz 1 ZPO. hervor, wonach grundsätzlich der Beweis des Gegenteils, d. h. ein Hauptbeweis zulässig ist, falls das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufstellt. Im Gegensatz hierzu läßt die Anwendung des Prima-facie-Beweises die Beweislast hinsichtlich der durch ihn prima facie als bewiesen erachteten Tatsachen unberührt. Dem durch den Prima-facie-Schluß Benachteiligten steht der Gegenbeweis offen. Er übernimmt nicht die Beweislast für die fraglichen Tatsachen. — Der gesetzgeberische Grund für eine gesetzliche Vermutung wird zwar in der Regel auch der sein, daß der „gewöhnliche Lauf der Dinge" eine bestimmte Schlußfolgerung rechtfertige und der gesetzlichen Vermutung wird also regelmäßig auch ein allgemeiner Erfahrungssatz zugrundeliegen, da man naturgemäß die Beweislastverteilung möglichst gerecht und den Tatbeständen des Lebens entsprechend regeln will. Es wäre an sich auch möglich, daß für gewisse Tatbestände der Erfahrungssatz sich zu einer gewohnheitsrechtlichen Beweislastnorm in Gestalt einer Vermutung ausbilden könnte, wie dies

57) Höfer, S. 74.

für die aus der Eintragung ins Schiffsregister für das Schiffseigentum des Eingetragenen sprechende Vermutung anzuerkennen ist, wo sich aus einem Erfahrungssatz in Ermangelung einer dem § 891 BGB. entsprechenden Vorschrift eine gewohnheitsrechtliche Rechtsvermutung herausgebildet hat[58]). Eine solche gewohnheitsrechtliche Umbildung eines Erfahrungssatzes in eine gesetzliche Vermutung ist aber sonst in keinem Falle anzuerkennen, weil die große Variabilität der konkreten Lebenstatbestände die Bildung abstrakter Beweislastregeln gewohnheitsrechtlicher Natur sehr erschwert, wenn nicht überhaupt unmöglich macht. Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht, welche aus den angeblich verwandten Ergebnissen der gesetzlichen Vermutung und des Prima-facie-Beweises folgert, daß der Prima-facie-Beweis auf einer Rechtsvermutung beruhe[59]).

Wenn dem Prima-facie-Beweis auch auf dem Gebiete des Schadensersatzrechtes eine überragende Bedeutung zukommt, so ist er doch nicht auf das Gebiet des Schadensersatzrechtes beschränkt, da Erfahrungssätze und typische Geschehensabläufe offensichtlich im gesamten Rechtsgebiet und nicht nur im Schadensersatzrecht zu berücksichtigen sind[60]). Man spricht nicht selten davon, daß die Erfahrungssätze „tatsächliche Vermutungen" begründeten. Dies ist gewiß richtig. Doch darf die Bezeichnung in dem ohnehin recht verwickelten Rechtsgebiet der Vermutungen, in dem, wie Rosenberg[61]) zutreffend bemerkt, eine große Sprachverwilderung herrscht, nur mit Vorsicht gebraucht werden. Die tatsächlichen Vermutungen sind streng von den gesetzlichen Vermutungen zu unterscheiden. Auch der Prima-facie-Beweis begründet eine tatsächliche „Vermutung"[62]). Die Erscheinung des Prima-facie-Beweises ist jedoch zweckmäßig auf die typischen Geschehensabläufe zu beschränken[63]), während im konkreten Fall

---

58) Höfer, S. 72; Heinsheimer und Rabel fassen den Prima-facie-Beweis ja gerade als eine gewohnheitsrechtliche Beweislastnorm auf.

59) So Smid, S. 56 ff.

60) Vgl. RG.: 134, 241; RG. in JW. 1932, S. 107[4]; vgl. auch Baur, S. 87 f.

61) Rosenberg, S. 226.

62) Nicht im Sinne eines vagen Verdachts sondern einer stark überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

63) Vgl. u. a. RG.: 130, 357, 358.

auch bei einem nicht typischen Geschehensablauf eine tatsächliche Vermutung bestehen kann.

Die Grundsätze des Prima-facie-Beweises gewinnen hinsichtlich des äußeren Tatbestandes einer positiven Forderungsverletzung vornehmlich beim Nachweise des Kausalzusammenhangs Bedeutung. So kann insbesondere in vielen Fällen bei unstreitig feststehendem schuldhaften Verhalten prima facie auf den Kausalzusammenhang zwischen diesem schuldhaften Verhalten des Schuldners und einem eingetretenen Schaden geschlossen werden. Auch, wenn der aus positiver Forderungsverletzung (der Gruppe I b) in Anspruch genommene Schuldner bei der Erfüllung gegen bestimmte Schutzvorschriften verstößt, ist häufig der Prima-facie-Schluß auf den Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schadenseintritt begründet[64]). Soweit bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a die Bestimmung des § 282 BGB. unmittelbar anwendbar ist und den Gläubiger von der Beweislast hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Handlung des Schuldners und der Mangelhaftigkeit des Leistungsgegenstandes befreit, kann erklärlicherweise nicht der Prima-facie-Beweis zugunsten des Gläubigers eingreifen. Der Prima-facie-Schluß ist es auch, der den Gläubiger, wenn der äußere Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung gegeben ist, regelmäßig des Nachweises der objektiven Rechtswidrigkeit enthebt. Auch zugunsten des Schuldners kann mitunter der Prima-facie-Beweis eingreifen. So kann z. B. der Beweis einer Mitverursachung des Schadens durch den Gläubiger oder einer Vorteilsausgleichung oder eines Rechtfertigungsgrundes prima facie erbracht sein.

Die größte Bedeutung kommt dem Prima-facie-Beweis jedoch nicht beim Nachweis des äußeren Tatbestandes einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung, sondern beim Verschuldensnachweis zu. Hier führt er unter Umständen zu einer Abschwächung des Prinzips der Verschuldenshaftung und mildert in den Fällen, in welchen dem Geschädigten auch noch die Beweislast für das Verschulden des Schädigers auferlegt wird, die weittragenden Folgen dieser Beweislast für den Geschädigten[65]).

---

64) Vgl. auch Leonhard, S. 314, insbes. Anm. 6.

65) Vgl. Höfer, S. 86; vgl. z. B. RG. JW. 1934, S. 2764[4].

Nach Klarstellung des Begriffes der positiven Forderungsverletzung und ihrer Abgrenzung von anderen Haftungsfällen, nach Erörterung der in Ansehung der äußeren Tatbestandsmerkmale einer positiven Forderungsverletzung hauptsächlich auftretenden Beweislastfragen und nach Behandlung der gerade für den Verschuldensnachweis so wichtigen Lehre vom Prima-facie-Beweis ist nun endlich der Boden für die Erörterung der Hauptstreitfrage nach der Beweislast in Ansehung des Tatumstandes Verschulden gewonnen.

§ 5:

Die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung.

I. Die Ratio für die ausdrückliche Beweislastnorm des § 282 BGB. und für die beim Verzug (§ 285 BGB.) durch die Fassung zum Ausdruck gebrachte Beweislastverteilung, wonach bei Unmöglichkeit und Verzug der Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trägt.

Die Haftung aus positiver Forderungsverletzung setzt — im Gegensatz zur Gewährschaftshaftung [1]) — begrifflich ein Verschulden voraus. Die Fälle, in welchen eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung auch ohne Verschulden gegeben sein kann, sind Ausnahmefälle und beruhen lediglich darauf, daß die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung und damit auch das den Begriff der Rechtswidrigkeit notwendig in sich schließende Verschulden infolge Notwehr oder Notstand ausgeschlossen worden ist. Zu der Streitfrage, ob bei Verletzung von Sukzessivlieferungsverpflichtungen unter Umständen auch bei wiederholt bloß objektiv vertragswidriger Lieferung ein Rücktrittslösungsrecht zu gewähren ist [2]), braucht hier nicht ein-

1) Bei den Gewährleistungsansprüchen besteht im übrigen ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Schaden und Leistung. Der Schaden erwächst hier unmittelbar aus dem Mangel, während er in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt wird; vgl. Staub, Kom. zum HGB. zu § 377, Anm. 104.

2) Vgl. RG.: 54, 100; 57, 115; 65, 49 f.

gegangen zu werden, da es sich bei den Erfüllungsverstößen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses und insbesondere eines Sukzessivlieferungsvertrages durchweg um Fälle der gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung der einzelnen Leistungspflichten handelt und ein über das Leistungsinteresse hinausgehender Schaden gar nicht zur Entstehung gelangt [3]), wenn auch durch einen Verstoß gegen eine Einzelverpflichtung im Einzelfall ein über das Interesse an der Erfüllung der Einzelverpflichtung hinausgehender Schaden — insbesondere durch Wegfall des Interesses an der weiteren Erfüllung — verursacht worden sein kann [4]).

Wie überall, so bilden auch beim Nachweis des Rechtsbegriffes „Verschulden" nur Tatsachen den Gegenstand des Beweises. Wenn es also heißt, der Gläubiger trägt die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners, so bedeutet dies, daß der Gläubiger mit der Klage abzuweisen ist, sofern er nicht Umstände darlegt und nachweist bezw. im Laufe der Verhandlung objektiv Umstände festgestellt werden, aus welchen der Richter den Schluß ziehen kann, daß der Schuldner bei der Erfüllung nicht sorgfältig genug zu Werke gegangen ist und daß dieses Verhalten dem Schuldner, der leicht hätte anders handeln können, zum Vorwurf gemacht werden muß. Verteilt man die Beweislast umgekehrt, so muß der Schuldner Tatsachen nachweisen, aus welchen hervorgeht, daß er bei der Erfüllung mit genügender Sorgfalt vorgegangen ist. So müßte in unserem Beispielsfall mit den Rizinussamenkörnern, — sofern man wie das Reichsgericht dem Gläubiger die Beweislast in Ansehung des Verschuldens auferlegt, — der Gläubiger beweisen, daß der Schuldner den verkauften Mais nicht sorgfältig genug auf seine Beschaffenheit untersucht hat, oder, daß der Verkäufer bereits aus einem anderen Verkauf wußte, daß sich vereinzelte Rizinussamenkörner in dem verkauften Mais befanden. Der Nachweis des Verschuldens erfordert also im allgemeinen ein Mehr an Tatsachen, als zum Nachweise des äußeren Tatbestandes einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung notwendig festgestellt sein müssen. Es müssen eben gerade solche Tatsachen vorgebracht und nachgewiesen werden, welche die Vorwerfbarkeit der Handlung des Beklagten (Schuldners) und seine Ver-

3) Vgl. z. B. Warn. Rspr. 1917, Nr. 50.

4) Vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil, II. Bd., 2. Hälfte, S. 477, Anm. 145.

antwortlichkeit dartun; denn Verschulden ist die Vorwerfbarkeit eines Tuns: Obschon man hätte anders handeln können, unterläßt man dies in einer objektiv vorwerfbaren Weise. Vorwerfbar ist das Verhalten nicht bei Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden, woraus sich ergibt, daß die Zurechnungsfähigkeit mit zum Inhalt des Verschuldensbegriffes gehört. — Verschulden bedeutet demnach ein vorwerfbares, willensmäßiges Verhalten einer Person und die Inbeziehungsetzung dieses Verhaltens zu der Veränderung oder Nichtveränderung der realen Gegebenheiten [5]). Die Entscheidung der Frage, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, erfordert also stets ein Werturteil. Die beiden Hauptformen des Verschuldens unterscheiden sich bekanntlich dadurch voneinander, daß der Vorsatz sich als das Wollen eines rechtswidrigen Erfolges im Bewußtsein der Rechts- und Pflichtwidrigkeit und die Fahrlässigkeit sich als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darstellt, durch deren Anwendung der nicht gewollte und durch die Rechtsordnung nicht gebilligte Erfolg hätte abgewendet werden können. Bei der positiven Forderungsverletzung wird ein vorsätzliches Handeln nur selten in Betracht kommen, da die Forderungsverletzung ja begrifflich bei einer auf Erfüllung gerichteten Handlung begangen worden sein muß; denn es dürfte immerhin selten sein, daß ein Schuldner, der erfüllen will, bei der Vornahme oder durch eine vorsätzlich herbeigeführte Mangelhaftigkeit der Leistung dem Gläubiger bewußt einen anderweiten Schaden an seinem Vermögen zufügt. Bei der Mehrzahl der vorsätzlichen Verstöße wird daher der bei der positiven Forderungsverletzung zu erfordernde innere Zusammenhang zwischen der Handlung und der Erfüllungstätigkeit und dem Erfüllungszweck nicht gegeben sein und die vorsätzliche Schadenszufügung sich allein als ein im Rahmen eines Schuldverhältnisses begangenes Delikt darstellen. Die positiven Forderungsverletzungen sowohl der Gruppe I a wie der Gruppe I b werden somit regelmäßig auf Fahrlässigkeit der verschiedenen Formen und Grade [7]), allenfalls auch auf dolus eventualis beruhen.

---

5) So Dietz, S. 217.

6) Auf die verschiedenen Verschuldensformen und ihre Abgrenzung voneinander soll im übrigen nicht näher eingegangen werden.

7) Bewußte und unbewußte, leichte und grobe Fahrlässigkeit.

Ein ausdrücklicher Rechtssatz, nach welchem bei objektiv rechtswidriger Schadenszufügung, — gleich ob der Schaden durch Verletzung bestehender Schuldverpflichtungen oder Verletzung allgemeiner, jedem Dritten gegenüber bestehender Treuepflichten verursacht ist, — die subjektive Rechtswidrigkeit der Handlung, das Verschulden des Schädigers, allgemein zu vermuten wäre, findet sich im geltenden Recht nicht, wenn auch im Einzelfall oft aus dem nachgewiesenen äußeren Tatbestand einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung ohne weiteres auf ein Verschulden geschlossen werden kann.

Die Haftung aus positiver Forderungsverletzung ist hier vornehmlich aus der Rechtsanalogie zur Nichterfüllung, zur Unmöglichkeit und zum Verzuge, begründet worden. Daraus, daß nur eine Rechtsanalogie möglich ist, folgt, daß keinesfalls etwa sämtliche Rechtssätze über Nichterfüllung auf die Schlechterfüllung im Zitelmann'schen Sinne angewendet werden können. Es muß vielmehr von Fall zu Fall untersucht werden, ob eine analoge Anwendung der einzelnen Gesetzesbestimmungen mit Rücksicht auf die in ihnen enthaltenen Grundgedanken als zulässig erachtet werden kann[8]). So ist z. B. eine analoge Anwendung des § 281 BGB. auf die positive Forderungsverletzung vollkommen unmöglich; denn durch die positive Forderungsverletzung wird regelmäßig eine Unmöglichkeit gar nicht begründet, und der geschuldete Gegenstand überhaupt nicht in Mitleidenschaft gezogen. Eine Surrogation im Sinne des § 281 BGB. kann daher auch gar nicht eintreten. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a wird nur durch die schlechte Beschaffenheit des geschuldeten Gegenstandes die positive Forderungsverletzung verursacht. Der § 281 BGB. ist eben eine nur speziell für die Unmöglichkeit gedachte Bestimmung, die nicht einmal auf die Fälle des Verzuges ausgedehnt werden kann[9]). Ebenso kann auch der § 279 BGB. auf die Haftung bei positiver Forderungsverletzung nicht analog angewendet werden, in dem Sinne, daß etwa die bei Erfüllung von Gattungsschulden erfolgenden positiven Forderungsverletzung auch ohne Verschulden eine Haftung begründeten; denn die Bestimmung des § 279 BGB., die eine Ausnahme von dem Grundsatz der Verschuldenshaftung enthält (§ 276 BGB.), erklärt

8) Zitelmann, S. 280.
9) Zitelmann, a. a. O.

sich ja nur daraus, daß die Leistung aus der Gattung noch möglich ist. Dieses letztere Moment ist aber für die positive Forderungsverletzung, die einen selbständigen Schadensersatzanspruch begründet, ohne jede Bedeutung, und zwar sowohl für die Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a wie der Gruppe I b. Es ist völlig gleichgültig, ob der anderweite Schaden bei Erfüllung einer Speziesschuld oder einer Gattungsschuld verursacht wird. Ein Verschulden ist gemäß § 276 BGB. jedenfalls immer Voraussetzung einer Haftung aus positiver Forderungsverletzung. Die Beantwortung der Frage, ob die ausdrückliche Beweislastregel des § 282 BGB. analog auf die positive Forderungsverletzung Anwendung finden kann, macht daher nach den vorstehenden Ausführungen eine eingehende Erörterung der dem § 282 BGB. zu Grunde liegenden Rechtsgedanken notwendig. Welche Gründe sind für den Gesetzgeber maßgebend gewesen, hier die Beweislast hinsichtlich der Schuldlosigkeit dem Schuldner aufzuerlegen? Handelt es sich bei dieser Beweislastverteilung um eine Ausnahme von dem Beweislastprinzip, daß alle Voraussetzungen der einer Partei günstigen Norm von demjenigen zu beweisen sind, zu dessen Gunsten die Norm wirkt? Ist mit anderen Worten das Verschulden Voraussetzung der den Anspruch aus § 280 BGB. begründenden Norm? Das sind die Fragen, die uns im folgenden beschäftigen müssen.

Vorweg muß mit Entschiedenheit die auch vom Reichsgerichtsrätekommentar [10]) vertretene Ansicht zurückgewiesen werden, die annimmt, daß der § 282 BGB. nur die Frage betreffe, ob ein bestimmter zu vertretender Umstand die Unmöglichkeit herbeigeführt habe, also nur die Frage der Beweislast hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Handlung und Unmöglichkeit, nicht aber auch die Beweislast in Ansehung des Verschuldens bezw. der Nichtschuld zu Lasten des Schuldners regele und daß der Gläubiger demnach trotz § 282 BGB. das zur Begründung seines Schadensersatzanspruches aus § 280 BGB. erforderliche Verschulden zu beweisen habe. Im Widerspruch zu dieser Auffassung führt übrigens der Reichsgerichtsrätekommentar an anderer Stelle aus [11]), daß dem Gläubiger der ihm

10) RGRKom. zu § 282, Anm. 1.
11) RGRKom. zu § 275, Anm. 6.

nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch weiter obliegende Beweis des Verschuldens bei der Schadensersatzklage aus § 280 BGB. durch die Sondervorschrift des § 282 BGB. abgenommen werde. Angesichts des klaren Wortlautes des § 282 BGB. kann aber überhaupt kein Streit darüber bestehen, — und es wird auch allgemein nicht ernstlich bestritten, — daß der Schuldner die Beweislast dafür trägt, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat [12]), und zwar sowohl dann, wenn er auf Grund einer angeblich eingetretenen Unmöglichkeit befreit zu sein behauptet — hier geht die Beweislast des Schuldners schon aus der Fassung des § 275 BGB. hervor — wie auch dann, wenn der Gläubiger auf Grund des § 280 BGB. einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend macht [13]).

Die zu vertretende Unmöglichkeit bringt die Obligation nicht zum Erlöschen. Vielmehr besteht, — darüber herrscht im allgemeinen Einverständnis — die alte Obligation fort, so daß auch Bürgen und Pfänder für die „Ersatz"forderung ohne weiteres haften. Es ist also nicht etwa so, daß durch die zu vertretende Unmöglichkeit die alte Forderung erlischt und eine neue an ihre Stelle tritt. Streit besteht nur darüber, ob der Gegenstand der Forderung sich ändert und die Forderung auf die ursprüngliche Leistung sich im Rahmen des bestehenden Schuldverhältnisses in eine veränderte Ersatzforderung umwandelt [14]), oder, ob die Forderung auf den ursprünglichen, nachträglich unmöglich gewordenen Leistungsgegenstand gerichtet bleibt, der ursprüngliche Leistungsgegenstand mit anderen Worten noch in obligatione und die Schadensersatzleistung als Surrogat der Erfüllung nur in solutione ist [15]). Diese Frage war schon im gemeinen Recht lebhaft umstritten. Überwiegend wurde jedoch im Anschluß an Dig. 45, 1, 91, 5 und 6 (tit. de verb. obl.) angenommen [16]), daß die Interesseleistung nur ein Surrogat der Erfüllung sei [17]). Auch heute muß mit der herrschenden

12) Vgl. auch Baur, S. 85, insbes. Anm. 225.

13) Vgl. u. a. Enneccerus zu § 273, I, 4, Anm. 4.

14) So Windscheid in Heidelberg. Krit. Ztschr. für das gemeine Recht, Bd. II, S. 128.

15) So Leonhard, S. 325; Enneccerus zu § 271, Anm. 1; (beim bloßen Unvermögen tritt dies besonders deutlich in Erscheinung).

16) Vgl. auch Dig. 21, 1, 31, 11 (tit. de aed. ed.) und Paulus sentent. 5, 7, 4.

17) So Mommsen, Beiträge, Bd. I, S. 229 f.; Römer in ZHR., Bd. 19, S. 134 f.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 593.

Ansicht trotz des Namens „Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung“ angenommen werden, daß die Interesseleistung nur Erfüllungssurrogat ist. Mögen die — unverbindlichen — Motive zum BGB. auch auf einem gegenteiligen Standpunkt stehen [18]), so ist doch die herrschende Ansicht, nach welcher die ursprüngliche Leistung in obligatione bleibt und die Schadensleistung nur in solutione ist, unschwer zu begründen. Wie wäre es sonst erklärlich, daß der Gläubiger, wenn die dauernd unmöglich gewordene Leistung des Schuldners infolge ganz besonderer Geschehnisse später doch wieder möglich wird, ohne weiteres wieder auf die Erfüllung der ursprünglichen Leistung klagen kann? [19]) Wie wäre es aber vor allem möglich, daß trotz eingetretener Unmöglichkeit auf Erfüllung der ursprünglichen Schuld geklagt werden kann, wodurch der Gläubiger sich den ihm obliegenden, oft schwierigen Nachweis der Unmöglichkeit ersparen kann? [20]) Die herrschende Meinung läßt ja trotz eingetretener Unmöglichkeit die Klage auf die ursprüngliche Leistung zu und geht, wenn der Schuldner sich allein auf die Unmöglichkeit beruft und Beweis für sie antritt, über diesen Beweisantritt hinweg und verurteilt den Schuldner zur Leistung, wodurch dem Gläubiger die Möglichkeit des Vorgehens nach § 283 BGB. gegeben wird [21]). Dies hat seinen Grund nicht nur darin, daß nur die unverschuldete Unmöglichkeit den Schuldner befreit (§ 275 BGB.), sondern vor allem darin, daß weder die Unmöglichkeit für sich allein, noch die zu vertretende Unmöglichkeit die Obligation irgendwie inhaltlich verändert. Das Reichsgericht läßt die Klage auf die ursprüngliche Leistung allerdings für den Fall nicht zu, daß die objektive Unmöglichkeit unter den Parteien unstreitig feststeht [22]). In einem solchen Falle ist aber auch kein Rechtsschutzinteresse für eine Klage auf die ursprüngliche Leistung gegeben; denn, zwar besteht noch der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung fort, bezw. sein Fortbestehen wird vom Gesetz fingiert, jedoch steht

---

18) Motive, Band II, S. 50.

19) Leonhard, S. 325.

20) Leonhard, a. a. O.

21) Vgl. RG. 54, 32; RG. in Gruch. Beitr.: Band 53, S. 920; RG. in Seuff. Arch.: Bd. 67, Nr. 74, S. 131; Zweigert im Recht: 1908, S 416; Krückmann: in Jher. Jhbch., Bd. 59, S. 94; vgl. auch § 255 ZPO.

22) RG.: 88, 76 (gilt nicht für den Fall des Unvermögens).

zugleich mit dem Feststehen der Unmöglichkeit bereits unstreitig fest, daß eine Zwangsvollstreckung gemäß §§ 883, 884 ZPO. ausgeschlossen ist, und der Gläubiger demgemäß doch nur die Interesseleistung (§ 893 ZPO.) beanspruchen kann. Bei streitiger Unmöglichkeit besteht das Interesse an der Klage auf Erfüllung darin, daß dem Gläubiger der Beweis der Unmöglichkeit[23]) erspart wird. Wenn es im § 283 Abs. 1 S. 2 BGB. heißt, daß der Anspruch auf Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf der dem Schuldner unter Ablehnungsandrohung gesetzten Frist ausgeschlossen ist, so geht auch hieraus hervor, daß der Erfüllungsanspruch bis zum fruchtlosen Ablauf der Frist fortbestand[24]). Erst die Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger, die einen Verzicht auf die ursprüngliche Forderung enthält, bringt den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen. Daß aber die Klage auf die ursprüngliche Leistung auch bei eingetretener Unmöglichkeit, — ausgenommen bei unstreitig feststehender Unmöglichkeit, da hier ein Rechtsschutzinteresse fehlt, — zulässig ist, wird im § 283 BGB. offensichtlich vorausgesetzt. § 283 Abs. 1 S. 3 BGB. bezieht sich nur auf die nach der Verkündung des Urteils auf die ursprüngliche Leistung eingetretene Unmöglichkeit[25]). Wie wäre es nach der Auffassung, welche eine Veränderung der Obligation durch die zu vertretende Unmöglichkeit bejaht, zu begründen, daß der zunächst auf die (vor Klageerhebung) unmöglich gewordene Leistung klagende Gläubiger nicht den Einwand der Klageänderung zu befürchten braucht, wenn er im Laufe des Rechtsstreits von der Klage auf die ursprüngliche Leistung zur Geltendmachung des Interesses übergeht, weil der Schuldner sich auf die Unmöglichkeit beruft; denn der § 268 Ziff. 3 ZPO. betrifft nur die nach Klageerhebung eingetretene Veränderung des ursprünglich geforderten Gegenstandes. Daß die Unmöglichkeit für sich allein das Schuldverhältnis weder zum Erlöschen bringt, noch die Obligation in ihrem Inhalt verändert, findet auch im § 281 Abs. 1 BGB. seine Bestätigung; denn nach § 281 Abs. 1 BGB. kann der Gläubiger für den unmöglich gewordenen Gegenstand, ohne daß hier ein Verschulden des

23) In gleicher Weise auch der Nachweis des fehlenden Interesses, falls der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten will (§ 286 Abs. II BGB.).

24) So auch Klaholt in Gruch. Beitr., Bd. 58, S. 778; a. A. Eccius in Gruch. Beitr., Bd. 47, S. 151.

25) RG. 96, 21.

Schuldners Voraussetzung wäre [26]), d. h. also auch bei Schuldlosigkeit des Schuldners dasjenige beanspruchen, was der Schuldner infolge des Umstandes, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, erlangt hat. Dieser Anspruch ist im Grunde kein anderer als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Lediglich in Ansehung des Schuldgegenstandes ist eine Surrogation eingetreten [27]). Wenn die Unmöglichkeit für sich allein die ursprüngliche Forderung bestehen läßt, — und die Unmöglichkeit allein, ohne Rücksicht darauf, ob sie zu vertreten ist oder nicht, könnte ja im Falle des § 281 BGB. der die Substanz der Forderung beeinflussende Umstand sein, — so muß die Forderung auf die ursprüngliche Leistung auch für den Fall bestehen bleiben, daß diese Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist. Nur die unverschuldete Unmöglichkeit bewirkt grundsätzlich eine Änderung der Obligation, nämlich ihr Erlöschen (§ 275 BGB.). Das im § 281 BGB. verankerte Surrogationsprinzip läßt unbedenklich den Schluß zu, daß der Schadensersatz, den der Gläubiger bei zu vertretender Unmöglichkeit gemäß § 280 BGB. zu fordern berechtigt ist, auch nur Surrogat der Erfüllungsleistung ist [28]).

Daraus, daß bei zu vertretender Unmöglichkeit das Fortbestehen der Forderung auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand vom Gesetz fingiert wird und die Schadensleistung nur in solutione ist, erklärt sich letztlich auch die ausdrückliche Beweislastnorm des § 282 BGB.; denn, wenn man mit der gegenteiligen Auffassung annehmen würde, daß eine Veränderung des Gegenstandes der Forderung eingetreten ist, so würde nach dem allgemeinen Beweislastgrundsatz das Verschulden als Voraussetzung dieser Änderung des Erfüllungsanspruches in den Interesseanspruch vom Gläubiger, der diesen umgewandelten Erfüllungsanspruch geltend macht, nachgewiesen werden müssen [29]). Die Beweislastnorm des § 282 BGB. würde sich nach dieser Auffassung als eine Ausnahmebestimmung darstellen, die in ihrer Wirkung einer gesetzlichen Tatsachenvermutung gleichkommen würde. Wenn hingegen

---

26) So u. a. Lindemann-Soergel zu § 281, Anm. 2.

27) Enneccerus zu § 269 II c; vgl. auch Jackisch in Gruch. Beitr.: Bd. 63, S. 442.

28) Vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil, II. Bd., 2. Hälfte, S. 460, Anm. 37.

29) Enneccerus zu § 271 I, Anm. 1.

die Schadensersatzleistung nur Erfüllungssurrogat ist und der Anspruch auf das Erfüllungssurrogat nichts anderes als der Anspruch auf die ursprüngliche Leistung, so ist die Geltendmachung dieses Anspruchs an weitere Voraussetzungen als an den Nachweis der Unmöglichkeit nicht geknüpft; denn es wird ja der gleiche Anspruch geltendgemacht. Mit dem erbrachten Nachweis der Unmöglichkeit steht fest, daß die noch fortbestehende ursprüngliche Schuld nur noch durch das Surrogat der Schadensleistung in Geld erfüllt werden kann. Hieraus rechtfertigt es sich also, daß der Gläubiger unmittelbar das Erfüllungssurrogat fordern kann und zu diesem Zwecke nur die Unmöglichkeit nachzuweisen braucht[30]). Dem Schuldner bleibt es sodann überlassen, nachzuweisen, daß die fortbestehende Forderung, die nach feststehender Unmöglichkeit nur noch durch das Erfüllungssurrogat erfüllt werden kann, erloschen ist. Er muß daher nachweisen, daß die Unmöglichkeit nicht von ihm zu vertreten ist; denn dies ist gemäß § 275 BGB. der einzige Umstand, der ihn befreit.

Lehnt man die Annahme einer Fiktion des unveränderten Fortbestehens der Forderung (einer perpetuatio obligationis) ab, so müßte man ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 282 BGB. notwendig zu einer Beweislast des Gläubigers in Ansehung des Verschuldens des Schuldners kommen. Der Gläubiger muß ja nach dieser von uns nicht geteilten Ansicht nachweisen, daß er statt der ursprünglichen Leistung gerade Schadensersatz zu fordern berechtigt ist. Hierzu müßte er aber das Verschulden als Voraussetzung der Umwandlung des ursprünglichen Anspruchs in eine Schadensersatzforderung nachweisen. Der Satz, daß derjenige, der sich auf eine Befreiung von einer Bindung beruft, diese Befreiung auch beweisen muß, vermag die Beweislast des Schuldners für seine Schuldlosigkeit allein in den Fällen zu erklären, in welchen der Schuldner sich auf unverschuldete Unmöglichkeit beruft, nicht aber in den Fällen, in welchen der Schuldner dies nicht tut und z. B. gegenüber der Schadensersatzklage die Unmöglichkeit der Leistung bestreitet. Gelingt dem Schuldner nämlich der Beweis der Schuldlosigkeit nicht, so würde damit lediglich feststehen, daß er nicht befreit worden ist. Voraussetzung für die Umwandlung der ur-

30) Enneccerus, a. a. O.

sprünglichen Forderung in eine Schadensersatzforderung würde aber nach dieser Ansicht nicht nur das positive Feststehen der Unmöglichkeit, sondern auch des Verschuldens sein, falls nicht die Beweislastnorm des § 282 BGB. bestehen würde. Aus dem Satz, daß derjenige, der sich auf die Befreiung von einer Bindung beruft, diese Befreiung auch beweisen muß, läßt sich also die Beweislastnorm des § 282 BGB. allein nicht herleiten. Die Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld auch gegenüber den Schadensersatzklagen aus § 280 BGB. läßt sich eben nur dann aus der materiellen Rechtslage erklären, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht annimmt, daß die Forderung auf die ursprüngliche Leistung durch die zu vertretene Unmöglichkeit nicht ihrem Gegenstand nach verändert wird, und daß die Klage auf das Surrogat demnach Geltendmachung der Forderung auf die ursprüngliche Leistung ist, die nur noch durch das Surrogat der Geldleistung erbracht werden kann.

Die Beweislastverteilung des § 282 BGB. ist daher ohne weiteres aus der materiellen Rechtslage zu erklären [31]). Daraus folgt zugleich, daß der § 282 BGB. keine Ausnahmebestimmung ist [32]), und weiter, daß die Bestimmung des § 282 BGB. nicht eigentlich als gesetzliche Schuldvermutung angesehen werden darf [33]). Eine Ausnahme von der Beweislastregel, wonach der Kläger sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat, enthält der § 282 BGB. also nicht, da, wie gezeigt, das Verschulden nicht Voraussetzung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches ist, sondern allein die Unmöglichkeit. Von einer gesetzlichen Vermutung der Schuld kann also streng genommen nicht gesprochen werden; denn eine gesetzliche Schuldvermutung würde voraussetzen, daß nach der materiellen Rechtslage das Verschulden des Schuldners „an sich" zur Beweislast des Gläubigers stehen würde. Dies ist aber nach der

---

31) So Leonhard, S. 324, 325; Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 593 ff.; Rabel in JW. 1923, S. 286; RG.: 54, 32; a. A. Motive, Bd. II, S. 50; Kisch, Unmöglichkeit, S. 125 ff.

32) So Enneccerus, a. a. O.; Warn. Kom. zu § 282, I; Staudinger, Bd. 2, S. 178 f.; Oertmann, Bd. 2, S. 188; Planck, Bd. II, 1, S. 249, 2a; Schollmeyer, S. 117; Motive, Bd. II, zu § 239, S. 47; Protokolle 47, IX; RG.: 56, 270; and. Ans.: ROHG. 8, 429; Kiel, Schlesw. Holst. Anz.: 14, 308; Endemann: I, 638, Anm. 11 Dernburg, Bd. II, S. 177, Anm. 4; Crome: Bd. II, S. 121, Anm. 40.

33) So Leonhard, S. 326.

hier vertretenen Ansicht im Gegensatz zu der Auffassung, welche eine Veränderung der Obligation durch den Eintritt der zu vertretenen Unmöglichkeit annimmt, nicht der Fall. Äußerlich hätte der Gesetzgeber trotzdem den § 282 BGB. auch als „Vermutung" ins Leben treten lassen können, wie sie z. B. der § 731 des ehemaligen sächsischen BGB. enthält, der lautet:

> „Ist die Erfüllung einer Forderung unmöglich geworden, so wird eine Verschuldung des Verpflichteten so lange vermutet, als nicht bewiesen wird, daß die Unmöglichkeit von dem Berechtigten verschuldet worden ist oder in einem Zufall ihren Grund hat" [34]).

Jede ausdrückliche Beweislastnorm, welche sich als Ausnahmebestimmung darstellt, die sich nicht aus der materiellen Rechtslage erklären läßt, kommt übrigens in ihrer Wirkung einer gesetzlichen Tatsachenvermutung gleich, die in gleicher Weise eine Partei vom Nachweise eines Umstandes befreit, der an sich nach der materiellen Rechtslage zu ihrer Beweislast stehen würde, ja die ausdrückliche Beweislastnorm dieser Art enthält im Grunde nichts anderes als eine gesetzliche Tatsachenvermutung, mag sie sich auch äußerlich nicht als solche darstellen.

Wenn nun aber auch nach der hier für die Beweislastnorm des § 282 BGB. gegebenen Erklärung der § 282 BGB. keine gesetzliche Schuldvermutung enthält, so kann doch auch nach dieser Erklärung des § 282 BGB. davon gesprochen werden, daß in ihm eine Schuldvermutung allerdings anderer Art als einer gesetzlichen Vermutung enthalten ist. Die Annahme des unveränderten Fortbestehens der Forderung trotz Eintritts der Unmöglichkeit beruht, wie ausgeführt, auf einer Fiktion; denn nach den Gesetzen der Logik kann sich die Forderung z. B. auf einen vollkommen zerstörten Gegenstand, auf etwas nicht mehr Vorhandenes, nicht mehr erstrecken. Diese Fiktion des Fortbestehens der Forderung beruht aber letzten Endes ihrerseits wieder auf einer Schuldvermutung bezw. ist notwendig von einer Schuldvermutung begleitet. Regelmäßig beruht eben nach den Erfahrungen des Lebens die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Besonders stark ist diese Vermutung beim Unvermögen, wo die Beziehung zwischen der Person des Schuldners und der Unmöglichkeit bereits

34) Vgl. hierzu Hedemann, S. 258.

generell gegeben ist. Gerade dieser Umstand hat den Gesetzgeber veranlaßt, zu der Fiktion des Fortbestehens der ursprünglichen Forderung in unverändertem Zustand zu greifen und sie der gesetzlichen Regelung zugrundezulegen. Dem Gesetzgeber standen nämlich zwei Wege offen, wenn er dem Schuldner die Beweislast der Schuldlosigkeit auferlegen wollte: einmal konnte er die Unmöglichkeit als einen die Forderung ihrem Inhalte nach verändernden Umstand auffassen, dann konnte er nur durch eine ausdrückliche Beweislastnorm oder eine gesetzliche Tatsachenvermutung zu einer Beweislast des Schuldners gelangen, oder er griff zu einer „perpetuatio obligationis", einer Fiktion des Fortbestehens der Obligation in unverändertem Zustand, dann folgt die Beweislast des Schuldners ohne weiteres aus dieser Fiktion. Beiden Möglichkeiten aber liegt der gemeinsame Gedanke zugrunde, daß bei eingetretener Unmöglichkeit regelmäßig zu vermuten ist, daß die Unmöglichkeit durch den Schuldner herbeigeführt worden ist, (Vermutung der Kausalität) und, daß die Unmöglichkeit von dem Schuldner zu vertreten ist (Vermutung des Verschuldens). Wenn der Gesetzgeber umgekehrt das Nichtverschulden des Schuldners hinsichtlich des Eintritts der Unmöglichkeit als Regelfall ansehen würde, so könnte er im Hinblick auf die §§ 275, 276 BGB. nicht das Fortbestehen der Forderung in unverändertem Zustande fingieren. — Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also: die ratio für die Schaffung der ausdrücklichen Beweislastnorm des § 282 BGB ist letztlich gewesen, daß das Verschulden des Schuldners bei eingetretener Unmöglichkeit regelmäßig zu vermuten ist. Aus diesem Grunde hat man dem Schuldner generell die Beweislast bezgl. seiner Schuldlosigkeit auferlegt. Der § 282 BGB. enthält also, wenn auch nicht unmittelbar so doch mittelbar, eine Schuldvermutung [35]), insofern, als das Fortbestehen der Forderung in unverändertem Zustand eine Schuldvermutung voraussetzt, da bei unverschuldeter Unmöglichkeit Befreiung eintreten müßte [36]). — Daß der § 282 BGB. mittelbar auch eine Schuldvermutung enthält, tritt besonders in Erscheinung, wenn der Gläubiger auf Grund

35) So auch Martinius, S. 7 und Titze in JW.: 1933, S. 2701[7]; vgl. auch Beckh, S. 230 u. 75.

36) § 282 BGB. ist also nicht lediglich eine Vorschrift mit bloßem Vermutungsmotiv (vgl. Leonhard, S. 178).

angeblicher verschuldeter Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag ein Rücktrittsrecht geltend macht. Aus der Fiktion des Fortbestehens der alten Forderung allein, läßt sich hier doch die Beweislast des Schuldners sicherlich nicht erklären. Man könnte allenfalls sagen, daß das Rücktrittsrecht ja an Stelle des Anspruchs auf das Erfüllungssurrogat geltend gemacht wird, und daß deswegen zum Nachweise des Gegebenseins eines Rücktrittsrechtes nicht mehr Voraussetzungen von dem den Rücktritt Ausübenden nachgewiesen zu werden brauchen als bei der Geltendmachung des Anspruches auf das Erfüllungssurrogat.

Das Surrogationsprinzip, d. h. der vom Gesetz zugrundegelegte Gedanke, daß der Anspruch auf die vereinbarte Leistung bei zu vertretender Unmöglichkeit sich inhaltlich nicht verändert und die Schadensersatzleistung nur Surrogat der Erfüllung ist, vermag aber auch die Beweislastverteilung beim Verzuge nicht befriedigend zu erklären. Nach § 286 Abs. I BGB. kann der Gläubiger im Falle des Verzuges des Schuldners von dem Schuldner neben der geschuldeten Leistung den ihm durch den Verzug entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch wegen verschuldeter Unmöglichkeit handelt es sich hier um einen selbständigen Schadensersatzanspruch, der an das schuldhafte Ausbleiben der Leistung geknüpft wird. Die Schadensersatzleistung, welche der Gläubiger hier zu fordern berechtigt ist, ist — im Gegensatz zu dem Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. II BGB. — nicht Surrogat der Erfüllung, da der Schadensersatzanspruch hier unstreitig neben dem Anspruch auf die Leistung gegeben ist[37]). Und trotzdem trägt auch bei diesem auf Verzug gegründeten Anspruch nicht der Gläubiger die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners, sondern, wie sich eindeutig aus der Stellung des § 285 BGB. zu § 284 BGB. und aus der negativen Fassung des § 285 BGB. ergibt, trägt auch hier der Schuldner die Beweislast dafür, daß der den Verzug begründende Umstand nicht von ihm zu vertreten ist[38]). Der § 285 BGB. kann daher, da er aus dem Surrogationsprinzip nicht zu erklären ist, jedenfalls, soweit der § 286 Abs. I BGB. in Betracht kommt, nur auf einer echten,

37) Vgl. z. B. Enneccerus zu § 275, I, 1 und § 276, I.

38) So u. a. OLG. Hamburg in OLG. Rspr., Bd. 16, S. 373; KG. in DJZ. 1920, S. 852; Staudinger zu § 285, Anm. 3.

gesetzlichen Schuldvermutung beruhen. Wenn der Gläubiger den Eintritt der Fälligkeit und die Mahnung des Schuldners bezw. die Festsetzung eines bestimmten Zahlungstermins nachgewiesen hat, so ist damit der äußere Tatbestand des Verzuges gegeben. Der Schuldner muß demgegenüber nachweisen, daß er entweder rechtzeitig erfüllt hat, oder daß er die nicht rechtzeitige Erfüllung nicht zu vertreten hat. Steht das Ausbleiben der Leistung fest, so spricht eben in der Regel auch eine tatsächliche Vermutung dafür, daß dieses Ausbleiben der Leistung vom Schuldner zu vertreten ist. Diesen allgemeinen Erfahrungssatz hat der Gesetzgeber beim Verzuge im § 285 BGB. zur gesetzlichen Schuldvermutung erhoben, wenn der § 285 BGB. auch äußerlich weder als gesetzliche Vermutung noch überhaupt als Beweislastnorm in Erscheinung tritt. Wenn von Reinhold[39]) ausgeführt wird, der Grund dafür, daß zum Nachweise des Verzuges nur die Mahnung oder die Festsetzung eines Zahlungstermins, nicht aber auch die Nichterfüllung nachgewiesen zu werden brauche, liege darin, daß die Nichterfüllung das Fortbestehen des Rechtsverhältnisses zur Folge habe. (Surrogationsprinzip) und nach der generellen Regel nicht das Fortbestehen, sondern die Aufhebung des Rechtsverhältnisses den Gegenstand der Behauptungs- und Beweislast bilde, worin auch der Grund für die Beweislastverteilung in den §§ 282, 285 BGB. zu erblicken sei, so kann diesen Ausführungen grundsätzlich nur voll und ganz beigetreten werden. Das Surrogationsprinzip versagt jedoch im Falle des § 286 Abs. I BGB. Aus dem Satz, daß der Schuldner die Erfüllung, und zwar die ordnungsmäßige, also auch rechtzeitige Erfüllung zu beweisen habe, läßt sich die Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld auch nicht herleiten, wenn der Schuldner im Falle des § 286 Abs. I BGB. noch nicht geleistet hat und die nicht rechtzeitige Leistung zugibt, jedoch ein Verschulden bestreitet. Die Beweislast des Schuldners kann hier nur durch eine Schuldvermutung erklärt werden, die, wie wir gesehen haben, auch die Voraussetzung dafür ist, daß das Rechtsverhältnis bei Nichterfüllung fortbesteht.

Die Beweislastregelung in den §§ 282, 285 BGB. beruht daher letztlich auf einer bei objektiv rechtswidrigen Verstößen

39) Reinhold, S. 74 u. 79.

gegen bestehende Verpflichtungen eingreifenden Vermutung für die subjektive Rechtswidrigkeit, das Verschulden. Der Gesetzgeber hat hier einen allgemeinen Erfahrungssatz des Lebens einer ausdrücklichen bezw. stillschweigenden Beweislastregelung zugrundegelegt, teilweise, indem er sich der Fiktion des Fortbestehens der Forderung auf die ursprüngliche Leistung bediente (§ 282 BGB.), teilweise, indem er unmittelbar zu einer Schuldvermutung griff dort, wo diese Fiktion eine Beweislast des Schuldners nicht zu begründen vermochte. (§§ 285, 286 Abs. I BGB.).

Welcher Umstand ist es nun, der den Gesetzgeber veranlaßt hat, im Gegensatz zu der Regelung bei deliktischen Verstößen bei den von ihm geregelten objektiv rechtswidrigen Verstößen gegen bestehende Verpflichtungen eine generelle Schuldvermutung anzunehmen und diese der abstrakten Beweislastregelung zugrundezulegen? Es ist die auf Grund des Schuldverhältnisses bestehende Bindung zwischen den Parteien, welche hier den generellen Schluß vom objektiv rechtswidrigen Verstoß auf das Verschulden eher rechtfertigt als bei deliktischen Verstößen, bei welchen eine Bindung und eine Verbindlichkeit, die Gegenstand einer Verletzung sein könnte, noch nicht besteht. Hieraus erklärt es sich auch z. B., daß der Eigentümer, der Rechte aus einer schuldhaften Verletzung des dinglichen Herausgabeanspruchs durch den besitzenden Nichteigentümer herleitet, (§§ 989, 992 BGB.), die Beweislast für das Verschulden des Beklagten trägt[40]). Bei der Verletzung des dinglichen Herausgabeanspruchs, der nur eine Ausstrahlung des Eigentums ist, greift eben eine Schuldvermutung nicht Platz, da eine schuldrechtliche Bindung nicht besteht. In allen Fällen, in welchen es sich um persönliche Ansprüche handelt, die sich nur ihrem Umfange nach gemäß § 292 BGB. nach den Vorschriften bestimmen, die für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit an gelten[41]), und in allen Fällen, in denen zwischen Eigentümer und Besitzer ein den Besitz vermittelndes Schuldverhältnis besteht, greift jedoch die das gesamte Schuldrecht beherrschende Verschuldensvermutung ein, sodaß sich hier der Schuldner (Besitzer) exkulpieren muß. Die gesetzliche Schuldvermutung

40) So auch Leonhard, S. 392; vgl. z. B. auch RG. Warn. Rspr. 1934 (26. Jhg.), Nr. 188.

ist daher nur ein Reflex der Verletzung einer bestehenden Bindung. Der Schuldner hat auf Grund des Schuldverhältnisses für die Befriedigung der Schuld Sorge zu tragen. Er hat ordnungsmäßig zu erfüllen. Ist diese Verpflichtung objektiv verletzt, für deren Erfüllung gerade der Schuldner zu sorgen hat, so ist hier die Vermutung für ein Verschulden des Schuldners weit eher begründet als in dem Falle, in welchem ein konkreter Verletzungsgegenstand nicht von vorneherein vorhanden ist, der ja gerade die Bindung zwischen den Parteien bei außerdeliktischen Verstößen bedingt. Die Art des Verletzungsgegenstandes ist es also zum anderen, welche bei Verstößen gegen bestehende Verbindlichkeiten die Annahme einer Verschuldensvermutung begünstigt.

Die generelle Vermutung des Verschuldens bei Verstößen gegen bestehende Schuldverbindlichkeiten, auf welcher die Beweislastverteilung in den §§ 282, 285 BGB. letzten Endes beruht, soll aber auch Zwecken der Prävention dienen. Dadurch, daß generell das Verschulden vermutet und die Beweislast der Schuldlosigkeit dem Schuldner auferlegt wird, soll der Schuldner zur besonders sorgfältigen Erfüllungsvornahme veranlaßt und insbesondere von bewußten Verstößen gegen seine Schuldnerpflichten angehalten werden.

II. Folgerungen, die sich aus der ratio der in den §§ 282, 285 BGB. festgelegten Beweislastverteilung für den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung ergeben.

Der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung ist aus dem Surrogationsprinzip nicht zu erklären. Wie hinreichend dargelegt, ist die Schadensersatzleistung bei der positiven Forderungsverletzung nicht Surrogat der Erfüllungsleistung. Der Schadensersatzanspruch ist hier ein selbständiger, neben den Erfüllungsanspruch tretender Anspruch, der erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses während der Vorbereitung oder Ausführung der Erfüllung zur Entstehung gelangt. Er ist also nicht einmal der inhaltlich veränderte Erfüllungsanspruch, wenn sich auch die positive Forderungsverletzung letzten Endes als eine nicht ordnungsmäßige Er-

41) Vgl. auch § 819 BGB.

füllung darstellt. Damit ist aber noch keinesfalls etwa unsere Hauptstreitfrage zu Ungunsten des Gläubigers entschieden: denn auch der auf Verzug (§ 286 Abs. I BGB.) gestützte Schadensersatzanspruch hat, wie aufgezeigt, den gleichen selbständigen Charakter wie der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung. Wie dieser tritt er gleichfalls regelmäßig neben den Erfüllungsanspruch, sofern dies nicht deswegen ausgeschlossen ist, weil — insbesondere in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b — die Erfüllung meist im Augenblick der Entstehung des Schadensersatzanspruches erfolgt und der Erfüllungsanspruch daher durchweg in diesem Zeitpunkt oder doch nur kurze Zeit später durch Erfüllung erlischt. So verschieden der Verzug und die positive Forderungsverletzung hinsichtlich der Art des Erfüllungsverstoßes auch sind, das meist auf negativem Verhalten beruhende Ausbleiben der vereinbarten Leistung einerseits [42]) und die im allgemeinen auf positivem Verhalten des Schuldners beruhende positive Forderungsverletzung andererseits, welche den Leistungsanspruch meist gar nicht berührt [43]), so verschieden auch die Entstehungsursachen des Schadenseintrittes sind, so haben doch der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung und der Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. I BGB. das gemeinsam, daß sie sich nicht aus dem Surrogationsprinzip erklären lassen und daß sie beide einen selbständigen Charakter haben, da die Schadensersatzleistung nicht Surrogat der geschuldeten Leistung ist und der Schaden über das Erfüllungsinteresse hinausgeht. Hierin mag wohl mit ein Grund dafür zu erblicken sein, weswegen Staub bei Begründung seiner Lehre von der positiven Vertragsverletzung der Analogie zum Verzuge derjenigen zur Unmöglichkeit den Vorzug gibt. Die Tatsache, daß der Ersatz des Schadens aus

42) Der Verzug kann ebenso gut auf positivem Verhalten des Schuldners beruhen wie umgekehrt die positive Forderungsverletzung auf negativem Verhalten des Schuldners. Die Ansicht des Reichsgerichts — RG.: 68, 194 —, daß, sofern der Verzug durch eine positive Pflichtverletzung des Schuldners verursacht ist, der Ersatzanspruch allein auf § 276 BGB. zu gründen sei, ist nach den Ausführungen im § 3 dieser Arbeit mit Enneccerus, § 276, Anm. 1 abzulehnen.

43) In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a liegt auch nicht notwendig immer eine mangelhafte Erfüllung vor. Es ist ausnahmsweise sehr wohl möglich, daß durch eine mangelfreie Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit eine pos. Ford.-verletzg. verursacht wird (vgl. z. B. § 694 BGG.).

positiver Forderungsverletzung nicht Surrogat der Erfüllungsleistung ist wie beim Unmöglichkeitsschaden und beim Nichterfüllungsschaden aus § 286 Abs. II BGB.[44]); rechtfertigt daher nach den vorstehenden Ausführungen noch nicht den Schluß, daß dieserhalb bei der positiven Forderungsverletzung eine den §§ 282, 285 BGB. entsprechende Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens nicht Platz greifen könne und daß vielmehr umgekehrt das Verschulden des Schuldners zur Beweislast des Gläubigers stehen müsse; denn aus dem Surrogationsprinzip allein läßt sich die Beweislastverteilung beim Verzuge auch nicht erklären. Der „oberste Beweislastgrundsatz", nach welchem sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung eines Anspruches zur Beweislast des den Anspruch geltendmachenden Klägers (Gläubigers) stehen, kann eben durch abstrakte (gesetzliche) Vermutungen durchbrochen werden, die den „an sich" Beweisbelasteten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von der Beweislast hinsichtlich eines bestimmten Tatumstandes befreien, dessen Widerlegung sodann zur Beweislast der durch die gesetzliche Vermutung benachteiligten Partei steht. Der Gläubiger kann hiernach bei der positiven Forderungsverletzung nur dann der Beweislast für das Vorliegen eines Verschuldens enthoben sein, wenn — wie beim Verzugsanspruch aus § 286 Abs. I BGB. — eine gesetzliche Verschuldensvermutung ihm diesen Nachweis erspart. Es gilt infolgedessen des näheren zu untersuchen, ob irgendwelche Umstände gegeben sind, die geeignet wären, die Annahme einer Schuldvermutung bei der positiven Forderungsverletzung im Gegensatz zum Verzuge und zur Unmöglichkeit auszuschließen. Schon die dargelegte Ähnlichkeit des Schadensersatzanspruches aus positiver Forderungsverletzung und desjenigen aus Verzug nach § 286 Abs. I BGB. spricht jedoch gegen das Vorliegen solcher eine Schuldvermutung ausschließender Umstände.

Bei der positiven Forderungsverletzung werden in gleicher Weise wie beim Verzuge und der Unmöglichkeit bereits bestehende schuldrechtliche Verpflichtungen verletzt, und zwar in jedem Falle die allgemeine Treuepflicht, die Erfüllung nicht

44) Der Inhalt der Obligation wird weder durch den schuldhaften noch durch den nicht zu vertretenden Verzug verändert, wie auch aus § 286 Abs. II und dem dort gegebenen Ablehnungsrecht hervorgeht.

in einer den Gläubiger anderweit schädigenden Weise vorzunehmen. Daß bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b ausschließlich unselbständige Nebenpflichten (Einzelpflichten oder Treuepflichten)[45]) und nicht die Hauptleistungspflicht selbst verletzt wird, tut nichts zur Sache. Es steht jedenfalls auch hier wie bei Unmöglichkeit und Verzug, die auch durch eine Verletzung unselbständiger Nebenpflichten verursacht werden können, die Verletzung sich unmittelbar aus dem Schuldverhältnis ergebender bestehender Pflichten in Frage, die gerade aus dem einzelnen Schuldverhältnis ihren besonderen, ganz bestimmten Inhalt erhalten. Verletzt wird bei der positiven Forderungsverletzung in jedem Falle die Pflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung und insoweit also auch die Hauptleistungspflicht, wenn die eigentliche Erfüllungsleistung, der Leistungsgegenstand in vielen Fällen auch fehlerlos bewirkt wird[46]). In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a wird regelmäßig auch die Substanz des Erfüllungsanspruches verletzt, da zugleich eine fehlerhafte, den weiteren Schaden verursachende Leistung vorliegt. Verletzungsgegenstand ist hier also die Hauptleistungspflicht selbst. Wenn auch der Erfüllungsanspruch selbst in den Fällen der Gruppe I b durch die positive Forderungsverletzung nicht in Mitleidenschaft gezogen wird, so wird doch die Erfüllung wirtschaftlich in ihrem Werte in gleichem und oft in viel weitgehenderem Maße geschmälert als bei der Verletzung des Erfüllungsanspruches selbst. Die Verletzungshandlung wird in allen Fällen der positiven Forderungsverletzung im Rahmen der durch Eingehung des Schuldverhältnisses zwischen den Parteien geschaffenen Bindung vorgenommen, welche die Schuldvermutung, wie ausgeführt, begünstigt. Der Verletzungsgegenstand bei Unmöglichkeit und Verzug einerseits und bei positiver Forderungsverletzung andererseits ist jedenfalls nicht so verschieden, daß dieserhalb eine unterschiedliche Beweislastverteilung gerechtfertigt erscheinen könnte. Wenn wir den Grund für die unterschiedliche Beweislastregelung bei Unmöglichkeit und Verzug einerseits und den deliktischen Verstößen andererseits mit Recht dahin festgelegt haben, daß bei Verzug und Unmöglichkeit im Gegensatz zu den unerlaubten Handlungen

45) Vgl. S. 45, 46 der Arbeit.

46) Vgl. v. Tuhr, a. a. O., II. Bd., 2. Hälfte, S. 462, 463, Anm. 48.

eine bestehende Bindung, bestehende schuldrechtliche Verpflichtungen verletzt werden, so müssen wir bei der positiven Forderungsverletzung folgerichtig die gleiche Beweislastverteilung wie bei Unmöglichkeit und Verzug durchgreifen lassen; denn auch bei der positiven Forderungsverletzung werden bestehende Pflichten verletzt, die aus dem Schuldverhältnis ihren näheren Inhalt erhalten. Die bestehende schuldrechtliche Bindung wird in manchen Fällen der positiven Forderungsverletzung sogar so stark beeinträchtigt, daß ein Rücktrittsrecht gegeben ist.

Hat der Gläubiger die innere Beziehung der Verletzungshandlung zur Erfüllung nachgewiesen, — wofür er ja die Beweislast trägt —, so spricht doch gerade in den Fällen der positiven Forderungsverletzung eine außerordentlich starke tatsächliche Vermutung für ein Verschulden des Schuldners bei der Erfüllung der Verbindlichkeit, da es sich ja meist um einen durch positive Handlung des Schuldners zugefügten Schaden handelt und regelmäßig die Art der Entstehung und der Umfang dieses besonderen Schadens und seine Entstehungsursachen ohne weiteres ein Verschulden des Schuldners vermuten lassen, insbesondere in den Fällen der Gruppe I a, so z. B., wenn die positive Forderungsverletzung durch die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache verursacht wird. Es wäre wirklich zu verwundern, wenn der Gesetzgeber, sofern er die Lücke, welche heute durch die Lehre von der positiven Forderungsverletzung ausgefüllt wird, erkannt hätte, diese regelmäßig bestehende tatsächliche Vermutung im Gegensatz zu der Regelung bei Unmöglichkeit und Verzug nicht zur gesetzlichen Verschuldensvermutung erhoben haben würde; denn, wenn schon die Nichterfüllung, bei welcher der Schuldner meist nichts tut[47]), eine generelle Vermutung des Verschuldens begründet, so muß dies erst recht bei der positiven Forderungsverletzung gelten, die vornehmlich durch positive Handlung begangen wird. Soll denn tatsächlich derjenige, der im Regelfall positiv handelnd seine Vertragspflichten verletzt, hinsichtlich der Beweislast weit besser gestellt sein als derjenige, der nicht oder nicht rechtzeitig leistet? Das kann unmöglich der Wille des Gesetzes sein.

47) Auf die positive oder aktive Unmöglichkeit ist nach den Ausführungen im § 3 dieser Arbeit unmittelbar der § 282 BGB. anzuwenden.

Die Art und die Natur des Erfüllungsverstoßes bei Unmöglichkeit und Verzug einerseits und bei der positiven Forderungsverletzung andererseits weisen demnach — ebenso wie der Verletzungsgegenstand — nicht solche Verschiedenheiten auf, daß aus diesem Grunde eine unterschiedliche Beweislastverteilung gerechtfertigt erscheinen könnte.

Nach den Ausführungen im § 3 dieser Arbeit ist die positive Forderungsverletzung rechtssystematisch als eine besondere (dritte) Art von Forderungsverletzung neben Unmöglichkeit und Verzug in das System der Haftung wegen schuldhafter „Erfüllungsverstöße" einzugliedern[48]). Sie ist ihrer Natur nach nicht Delikt. Es werden, wie hervorgehoben, keine allgemeinen Rechtspflichten, sondern aus dem Schuldverhältnis entspringende vertragliche oder einseitig rechtsgeschäftliche Pflichten oder besondere Treuepflichten[49]) verletzt. Aus der Rechtsnatur der Haftung aus positiver Forderungsverletzung und aus ihrer systematischen Stellung folgt daher, daß bei der positiven Forderungsverletzung nicht die deliktische Beweislastverteilung durchgreifen kann, deren Nachteile im Einzelfall nur durch den Prima-facie-Beweis zugunsten des Gläubigers gemildert werden, sondern daß bei ihr wie in den anderen Fällen von „Erfüllungsverstößen" und Forderungsverletzungen, bei Unmöglichkeit und Verzug, eine entsprechende gesetzliche Schuldvermutung angenommen werden muß. Wer objektiv unberechtigt gegen bestehende Verbindlichkeiten verstößt, — mag es sich nun um Haupt- oder Nebenpflichten, konkrete schuldrechtliche Verpflichtungen oder um die sich aus dem Schuldverhältnis nach Treu und Glauben ergebenden Treuepflichten handeln, — der muß sich exkulpieren, das ist der allgemeine Rechtsgedanke, der sich aus den §§ 282, 285 BGB.

---

48) Vgl. Enneccerus, § 278; Rosenberg, S. 401; die „vertragliche" Natur des Schadensersatzanspruches aus positiver Forderungsverletzung geht auch daraus hervor, daß nicht etwa, soweit es sich um den typischen Schaden aus pos. Forderungsverletzung handelt, die dreijährige Verjährungsfrist (§ 852 BGB.) oder — bei einem Fall der Gruppe I a — die kurze Verjährungsfrist der Gewährleistungshaftung durchgreift, sondern vielmehr der Schadensersatzanspruch der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung unterliegt, so z. B. Warn. Rspr. 1913, Nr. 279; DJZ. 1906. S. 146; Rspr. OLG., Bd. 22, S. 234 (betr. die Lieferung eines aliud); weiter auch Enneccerus, § 335, I, 2, Anm. 6; vgl. auch RG.: 53, 203 und 56, 169, die keine pos. Forderungsverletzung betreffen.

49) = unselbständige Nebenpflichten.

herleiten läßt, von dem die genannten Paragraphen jedoch nur Ausflüsse sind [50]).

Der präventive Zweck, dem die gesetzliche Schuldvermutung dient, kann sich gerade auch bei der positiven Forderungsverletzung auswirken, da die Schuldvermutung den Schuldner zur Beobachtung größester Sorgfalt bei Vornahme der Erfüllung anhält.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, im Falle der Unmöglichkeit und des Verzuges dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit aufzuerlegen, für die gleiche Beweislastverteilung bei der positiven Forderungsverletzung sprechen. Begründet man die Haftung aus positiver Forderungsverletzung aus der Rechtsanalogie zur Nichterfüllung, so muß man notwendig auch die allgemeinen, für die Nichterfüllung geltenden Rechtsgrundsätze, insbesondere die dort der Beweislastverteilung zugrundegelegte, allgemeine Schuldvermutung auf die positive Forderungsverletzung entsprechend anwenden, da besondere die analoge Anwendung ausschließende Umstände nicht gegeben sind, vielmehr sowohl die Natur der Haftung aus positiver Forderungsverletzung wie ihre Stellung im Rechtssystem, die Gleichheit des Verletzungsgegenstandes und die Art des Erfüllungsverstoßes die analoge Anwendung des den §§ 282, 285 BGB. zugrundeliegenden Rechtsgedankens der (abstrakten) Schuldvermutung gebieten.

Nach der Ansicht, die im § 282 BGB. eine Ausnahmebestimmung von den allgemeinen Beweislastprinzipien erblickt, enthalten übrigens sowohl der § 282 wie der § 285 BGB. mittelbar eine gesetzliche Schuldvermutung. Nach dem hier vertretenen Surrogationsprinzip bildet nun zwar die beim Verzuge durch § 285 BGB. festgelegte Beweislastverteilung eine Durchbrechung des obersten Beweislastgrundsatzes, soweit die geltendgemachte Schadensersatzleistung sich nicht als Surrogat der Erfüllungsleistung auffassen läßt. Der § 285 BGB. enthält aber keine Ausnahme in dem Sinne, daß nun die entsprechende Annahme einer Schuldvermutung bei der positiven Forderungsverletzung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ausgeschlossen wäre; denn es ist festgestellt worden, daß die §§ 282,

50) So auch Rabel in der Anmerkung zu RG. in JW.: 1923, S. 286[3].

285 BGB. nur einen allgemeineren Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen, und zwar den, daß bei objektiv rechtswidrigen Verstößen des Schuldners gegen bestehende Schuldverpflichtungen das Gesetz ein Verschulden des Schuldners vermutet. Es handelt sich hier um einen im Wege der Rechtsanalogie gewonnenen Grundsatz, dessen Allgemeingültigkeit, wie noch zu zeigen sein wird, auch durch Bestimmungen des besonderen Schuldrechts bestätigt wird.

III. Die Undurchführbarkeit der Ansicht, welche dem Gläubiger die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens des Schuldners auferlegt, im Falle der Konkurrenz zwischen positiver Forderungsverletzung und Nichterfüllung.

In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a und in den Fällen der Gruppe I b, in welchen durch ein und dieselbe Handlung eine Unmöglichkeit begründet und zugleich dem Gläubiger bei der Erfüllung ein anderweiter Schaden an seinem Vermögen zugefügt wird, kann die hier vertretene Ansicht, welche dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit aufbürdet, allein zu befriedigenden Ergebnissen in der Beweislastverteilung führen. Als Beispielsfälle seien folgende genannt:

a.) Ein Hundezüchter verkauft einem Bauern einen Hund, der zur Zeit des Kaufes vollkommen mangelfrei ist. Zwischen Kaufabschluß und der für einen späteren Zeitpunkt festgesetzten Übergabe des Hundes erkrankt das Tier an einer äußerlich nicht erkennbaren Seuche, und zwar dadurch, daß der Hundezüchter es nicht sorgfältig genug von einem erkrankten Tier isoliert. Unter Verschweigung der Erkrankung übergibt der Verkäufer den Hund dem Käufer. Der Hund stirbt. Die Seuche greift aber auch auf das Vieh des Bauern über, das zum Teil eingeht. (Fall der Gruppe I a).

b.) Ein Glasermeister, der eine vom Besteller ausgesuchte, besonders wertvolle Fensterscheibe einzusetzen hat, benutzt hierbei eine ihm als recht reparaturbedürftig bekannte Leiter. Die Leiter zerbricht. Der Glasermeister stürzt von der Leiter herab und zerschlägt bei dem Sturz nicht nur die einzusetzende Scheibe, sondern auch die benachbarte, dem Besteller gehörige Fensterscheibe. (Fall der Gruppe I b).

Wenn in diesen Fällen der Gläubiger den gesamten ihm entstandenen Schaden einklagt, der sich aus dem Nichterfüllungsschaden und aus dem „anderweiten" Vermögensschaden zusammensetzt, so kann man doch unmöglich, wozu die gegenteilige Ansicht, welche die Beweislast in Ansehung des Verschuldens dem Gläubiger auferlegt, notwendig führen muß, soweit es sich um den Unmöglichkeitsschaden handelt, gemäß § 282 BGB. dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit und im übrigen hinsichtlich des aus positiver Forderungsverletzung erwachsenen Schadens dem Gläubiger den Beweis des Verschuldens des Schuldners auferlegen; denn der gesamte Schaden ist doch regelmäßig, und zwar sowohl in den Fällen der Gruppe I a der positiven Forderungsverletzung wie in denen der Gruppe I b, auf ein und dieselbe Handlung bzw. Unterlassung zurückzuführen. Ob diese Handlung oder Unterlassung schuldhaft ist, das kann nur einheitlich festgestellt werden. Nur eine Partei kann die Beweislast hinsichtlich des Tatbestandsmerkmales Verschulden bezw. des negativen Tatumstandes, der Nichtschuld, haben. Das folgt aus dem Wesen der Beweislast. Wenn der Schuldner seine Schuldlosigkeit nachgewiesen hat, so kann nicht der Gläubiger im Wege des Hauptbeweises mit den gleichen Beweismitteln, insbesondere also mit dem Antrag auf Parteivernehmung den Beweis des Verschuldens des Schuldners zu führen versuchen. In einem Falle, in welchem beide Parteien den Nachweis des Verschuldens bezw. der Schuldlosigkeit nicht erbringen könnten, müßte der Schuldner also nach der gegenteiligen Auffassung, welche die entsprechende Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung ablehnt, zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verurteilt werden, während die Klage im übrigen, soweit sie sich auf positive Forderungsverletzung gründet, abgewiesen werden müßte, obschon das Verschulden hinsichtlich der auch den anderweiten Schaden herbeiführenden Handlung bereits auf Grund des fehlgeschlagenen Beweises des Schuldners als erwiesen anzusehen ist. In den Fällen der Gruppe I a der positiven Forderungsverletzung wird ja der besondere Schaden durch die teilweise qualitative Unmöglichkeit[51]), als welche die schuldhaft herbeigeführte

51) Daß der § 282 BGB. auch anwendbar ist, wenn es sich nur um eine teilweise Unmöglichkeit, insbesondere eine schuldhafte Verschlechterung handelt, ist

Mangelhaftigkeit der Leistung zu betrachten ist, verursacht. Daß in diesen letzteren Fällen zwar der Mangel vom Schuldner verschuldet worden ist, bezüglich des durch den Mangel weiter verursachten Schadens den Schuldner aber kein Verschulden trifft, — etwa wegen mangelnder Voraussehbarkeit, — dürfte sich nur höchst selten ereignen. Umgekehrt dürfte es schon öfter vorkommen, daß die Mangelhaftigkeit nicht vom Schuldner verschuldet worden ist, daß aber das Verschulden darin zu erblicken ist, daß der Schuldner es unterlassen hat, den Gläubiger auf die gefahrdrohende Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes, von der er Kenntnis hatte, hinzuweisen. Hier liegt nur positive Forderungsverletzung und nicht zugleich auch schuldhafte qualitative Unmöglichkeit vor. Ist die Mangelhaftigkeit schuldhaft herbeigeführt worden, so kann man jedoch regelmäßig davon ausgehen, daß auch hinsichtlich des durch die Mangelhaftigkeit weiter verursachten Schadens, sofern überhaupt der adäquate Kausalzusammenhang gegeben ist, ein Verschulden zu bejahen ist. Gerade diese Konkurrenzfälle zwischen Unmöglichkeit und positiver Forderungsverletzung zeigen, daß im Falle der positiven Forderungverletzung die Beweislast in Ansehung des Verschuldens nicht anders verteilt werden kann als bei der Unmöglichkeit im § 282 BGB.

Übrigens ist auch eine entsprechende Konkurrenz zwischen Verzug und positiver Forderungsverletzung möglich, und zwar in dem Sinne, daß bei der Vorbereitung der Erfüllung des sich im Verzug befindenden Schuldners dem Gläubiger ein anderweiter Schaden zugefügt wird. Es kann aber auch durch dieselbe positive Handlung sowohl eine Haftung aus Verzug wie aus positiver Forderungsverletzung begründet werden, so z. B., wenn eine Reklamefirma beim Anbringen der Reklame am Hause des Auftraggebers durch schuldhafte Unvorsichtigkeit Beschädigungen am Hause verursacht, die eine rechtzeitige Anbringung der Reklamefläche vor Ausbesserung der beschädigten Wand an der vorgesehenen Stelle unmöglich macht. Nach der Auffassung, welche dem Gläubiger die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung auferlegt, müßte sich, falls der Gläubiger sowohl den Verzugsschaden wie den Schaden aus der positiven Forderungsverletzung geltend macht, der Schuldner exkulpieren, soweit es sich um den Vertragsschaden handelt (§ 285 BGB.), der Gläubiger

müßte aber für den durch die gleiche Handlung begründeten Schaden aus positiver Forderungsverletzung den Nachweis des Verschuldens des Schuldners führen. Auch hier wird die Undurchführbarkeit der von uns abgelehnten Ansicht in gleicher Weise wie bei der Konkurrenz zwischen Unmöglichkeit und positiver Forderungsverletzung offenbar.

IV. Die Hauptstreitfrage bei durch Erfüllungsgehilfen vorgenommenen positiven Forderungsverletzungen.

Darüber, daß der Schuldner auch für die durch seine Erfüllungsgehilfen begangenen positiven Forderungsverletzungen haftet, besteht heute allgemein erfreuliche Einhelligkeit [52]). Der § 278 BGB. wird also im Gegensatz zu den §§ 282, 285 BGB. unbedenklich analog auf die positive Forderungsverletzung angewandt. Würde man bei der positiven Forderungsverletzung dem Gläubiger den Beweis auferlegen, daß den Erfüllungsgehilfen ein Verschulden trifft, so würde man ihm damit oft Unmögliches zumuten, und der Gläubiger würde sich immer dann in einem Beweisnotstand befinden, wenn zwar feststeht, daß der Schaden allein auf einem Verhalten des Erfüllungsgehilfen beruhen kann, die näheren Umstände der Schadensursache sich aber nicht ermitteln lassen. Der Schuldner steht regelmäßig dem Erfüllungsgehilfen viel näher als der Gläubiger und kann daher auch eher die Handlungen des Erfüllungsgehilfen kontrollieren und auf den Erfüllungsgehilfen einwirken. Gerade in dieser Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf den Erfüllungsgehilfen liegt ja mit der Grund für die so weitgeende Haftung für fremdes Verschulden, so daß sogar die Ansicht vertreten wird, daß die Haftung aus § 278 BGB. stets dann auszuschließen sei, wenn der Erfüllungsgehilfe selbständige Arbeit verrichte [53]). Der Beweis der Schuldlosigkeit des Erfüllungsgehilfen liegt daher dem Schuldner viel näher und ist ihm viel eher zumutbar, als dem Gläubiger der Nachweis des Verschuldens des Erfüllungs-

---

anerkannt; so z. B. RG. in Warn. Rspr.: 1908, Nr. 621; RG. in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 160, Nr. 84

52) Vgl. z. B. RG.: 65, 17; Schöer in DRZ. 1927, S. 100 ff.; vgl. auch Jacobi in DJZ., Bd. 30, S. 407.

53) So Brodmann, Jher Jhbch., Bd. 58, S. 187ff.; nicht ganz so weitgehend RG.: 101, 154 und Enneccerus zu § 267, II, 1.

gehilfen. Der § 278 BGB. setzt mit anderen Worten die Beweislastverteilung der §§ 282, 285 BGB. als gegeben voraus. Der Gesetzgeber ist bei der Normierung des § 278 BGB. fraglos davon ausgegangen, daß den Schuldner die Beweislast für die Schuldlosigkeit seines Erfüllungsgehilfen treffe. Würde man umgekehrt dem Gläubiger den Nachweis des Verschuldens des Erfüllungsgehilfen auferlegen, so würde man dieser inneren Beziehung des § 278 BGB. zu einer Beweislast des Schuldners nicht gerecht werden. Der Schuldner wäre bei der positiven Forderungsverletzung in ganz ungerechtfertigter Weise gegenüber den Fällen der durch Erfüllungsgehilfen verursachten Unmöglichkeit und des Verzuges begünstigt, da der Gläubiger sich in vielen Fällen in einem Beweisnotstand befinden wird, und zwar bei der positiven Forderungsverletzung in besonders starkem Maße. Die Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf den Erfüllungsgehilfen verlangt aus Gründen der ausgleichenden Gerechtigkeit, der auch die Beweislastverteilung dienen soll, daß in sämtlichen Fällen, in welchen durch den Erfüllungsgehilfen objektiv rechtswidrig gegen bestehende schuldrechtliche Verpflichtungen verstoßen wird, der Schuldner die Beweislast für die Nichtschuld seines Erfüllungsgehilfen trägt.

Würde man dem Gläubiger die Beweislast in Ansehung des Verschuldens auferlegen, so würde er sich ja oft besser stehen, wenn er seinen Schadensersatzanspruch nicht auf positive Forderungsverletzung, sondern auf eine mit dieser konkurrierende unerlaubte Handlung stützen würde; denn, wenn es sich im § 831 BGB. auch um vermutetes eigenes Verschulden des Geschäftsherrn handelt, so gibt es doch zu denken, daß selbst hier dem Geschäftsherrn der Beweis dafür auferlegt wird, daß er selbst nicht insofern schuldhaft gehandelt hat, als er bei der Auswahl der Verrichtungsgehilfen und bei der Beschaffung der Gerätschaften und Vorrichtungen oder bei der Leitung der Ausführung der Verrichtungen die erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat. Der Verschuldensvermutung des § 831 BGB. liegt u. a. auch der Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger sich bei der umgekehrten Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldensnachweises in einem gewissen Beweisnotstand befinden würde, wenn ein Verrichtungsgehilfe des Schuldners ihm durch eine objektiv unerlaubte Handlung einen Schaden zugefügt hat. Greift nun im Gebiete der unerlaubten

Handlung schon eine so weitgehende Verschuldensvermutung Platz, wenn ein bloßer Verrichtungsgehilfe den Schaden verursacht, so muß erst recht im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses die objektiv rechtswidrige Handlung des Erfüllungsgehilfen bei positiver Forderungsverletzung, die hier in Erfüllung einer Verbindlichkeit begangen wird, und für welche der Schuldner schlechthin einzustehen hat und die somit vom Gesetz als eigene Handlung des Schuldners fingiert wird, eine zumindest ebenso weitgehende gesetzliche Vermutung für ein Verschulden des Schuldners begründen. Trifft den Schuldner aber bei positiver Forderungsverletzung die Beweislast für seine eigene Schuldlosigkeit in dem gleichen Umfange, in welchem sie den gemäß § 831 BGB. in Anspruch genommenen Beklagten trifft, — und es kann unmöglich angenommen werden, daß die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei durch Erfüllungsgehilfen vorgenommenen positiven Forderungsverletzungen, soweit es sich um eigenes Verschulden des Beklagten handelt, anders als im § 831 BGB. zu verteilen ist, — so muß dem Schuldner folgerichtig auch die Beweislast dafür auferlegt werden, daß seinen Erfüllungsgehilfen kein Verschulden trifft; denn einmal würde sich der Gläubiger bei der positiven Forderungsverletzung in Ansehung des Nachweises des Verschuldens des Erfüllungsgehilfen in einem weit größeren Beweisnotstande befinden als der aus § 831 BGB. Klagende. Weiter werden aber auch die in Erfüllung einer Verbindlichkeit durch den Erfüllungsgehilfen begangenen Handlungen dem Schuldner schlechthin als eigene zugerechnet. Das fremde Verschulden wird als eigenes des Schuldners fingiert[54]). Die schon bei unerlaubter Handlung geltende Schuldvermutung erstreckt sich bei Erfüllungsverstößen somit notwendig auch auf das fremde Verschulden, das Verschulden des Erfüllungsgehilfen. Für Unmöglichkeit und Verzug ist dies ja auch allgemein anerkannt, da hier unmittelbar gemäß §§ 282, 285 BGB. dem Schuldner die Beweislast für seine und seines Erfüllungsgehilfen Nichtschuld auferlegt wird. — Es muß weiter zu denken geben, daß anerkanntermaßen der Frachtführer (§§ 431, 429 HGB.) die Beweislast dafür trägt, daß weder seine Erfüllungsgehilfen noch überhaupt seine „Leute" an der Beschädigung bezw. an dem Verlust der beförderten Güter

54) Der Erfüllungsgehilfe ist insoweit nur der „verlängerte Arm" des Schuldners.

ein Verschulden trifft. Diese Beweislastverteilung ergibt sich vor allem auch aus der Fassung des § 429 HGB. Der Frachtführer haftet also selbst für unerlaubte Handlungen seiner Angestellten und die Verschuldensvermutung wird hier also ganz erheblich weiter erstreckt als im § 278 BGB. Wenn im § 431 HGB. der Frachtführer selbst dafür beweispflichtig ist, daß eine Handlung eines Angestellten, die mit der Erfüllung des Beförderungsgeschäftes nicht unmittelbar etwas zu tun hat und die sich als unerlaubte Handlung darstellt, nicht schuldhaft ist, so muß er erst recht dann die Beweislast tragen, wenn Erfüllungsverstöße seiner Erfüllungsgehilfen in Frage stehen, insbesondere also bei positiver Forderungsverletzung, für welche er nach § 431 HGB. einzustehen hat[55]). Es muß demnach als wenig konsequent angesehen werden, wenn man auf die positive Forderungsverletzung zwar den ursprünglich nur für Fälle der Nichterfüllung gedachten § 278 BGB. entsprechend anwendet, nicht aber den § 282 BGB. und die den §§ 282, 285 BGB. zugrundeliegende Schuldvermutung, die sich nach den tieferen Gründen der Haftung des Schuldners für Verschulden des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB.[56]) notwendig auch auf die objektiv rechtswidrigen Handlungen des Erfüllungsgehilfen erstreckt, zumal oft eigenes und fremdes Verschulden konkurrieren.

V. Rechtfertigung der analogen Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung aus speziellen Haftungsbestimmungen des Schuldrechts[57]). Die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes der Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld bei objektiv rechtswidriger Verletzung bestehender Schuldverbindlichkeiten.

Bei der Begründung der Haftung für positive Forderungsverletzungen aus dem Gesetz sind bereits spezielle Bestimmungen aus dem Schuldrecht herangezogen worden[58]).

Im § 694 BGB., der, wie gezeigt, einen Fall der culpa in contrahendo betrifft, wird durch die Fassung und zwar durch

55) Vgl. auch § 458 HGB.

56) Vgl. Enneccerus zu § 267, I, 1.

57) Schuldrecht hier im weitesten Sinne.

58) Vgl. S. 58 dieser Arbeit.

die Worte „es sei denn, daß“ festgelegt, daß der Schuldner die Beweislast dafür trägt, daß ihn hinsichtlich des dem Verwahrer durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache zugefügten Schadens kein Verschulden trifft. Der Hinterleger (Schuldner) muß beweisen, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kannte noch kennen mußte (§ 122 Abs. II BGB.), oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt hat oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat. Das Verschulden des Hinterlegers wird also im § 694 BGB. gesetzlich vermutet, so daß ihn — anerkanntermaßen — die Beweislast hinsichtlich seiner Schuldlosigkeit bezw., soweit der Kausalzusammenhang vermutet wird, die Beweislast für den fehlenden Kausalzusammenhang trifft[59]). Wird nun aber schon im Falle der culpa in contrahendo, wenn auch nicht allgemein sondern in einem speziell geregelten Falle, dem „Schuldner“ [60]) die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt wird, wobei zu berücksichtigen ist, daß hier bestehende schuldrechtliche Verpflichtungen noch gar nicht verletzt werden können[61]), so muß mit umso größerer innerer Berechtigung die gleiche gesetzliche Schuldvermutung und die gleiche Beweislastverteilung in den Fällen der positiven Forderungsverletzung durchgreifen, da hier bereits bestehende Verbindlichkeiten verletzt werden. Es ist darauf hingewiesen worden, daß dann, wenn ein auf Hinterlegung gerichteter Vorvertrag geschlossen worden ist, die spätere Übergabe der zu hinterlegenden Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit sich als ein typischer Fall der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a darstellt, wenn durch eben diese Beschaffenheit dem Verwahrer ein Schaden zugefügt wird[62]). Auch in diesem Falle ist der § 694 BGB. unmittelbar anwendbar, so daß also bei dieser positiven Forderungsverletzung den Schuldner auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trifft. — Der Verwahrungsvertrag ist ja nach herrschender Auffassung ein Realvertrag, d. h. ein Vertrag, der erst durch die Übergabe der zu hinter-

---

59) So z. B. Fischer-Henle zu § 694, Anm. 3; Lindemann-Soergel zu § 694.

60) Schuldner hinsichtlich der ordnungsmäßigen Hinterlegung.

61) Allenfalls könnten hier gewisse auch vor Eingehung des Schuldverhältnisses bereits bestehende Treuepflichten verletzt werden.

62) Vgl. S. 58 dieser Arbeit.

legenden Sache zustandekommt. Die Vereinbarung, die Sache in Zukunft verwahren zu wollen, ist nur ein Vorvertrag[63]). Logisch geht aber jedem Realvertrag zeitlich eine Einigung über den Abschluß des Vertrages voraus, die bei genügender Bestimmtheit nichts anderes als ein auf Abschluß des Realvertrages gerichteter Vorvertrag ist. Nur ausnahmsweise fällt die Einigung mit dem Abschluß des Realvertrages zusammen. Umso mehr ist es gerechtfertigt, den § 694 BGB. auch in dem Falle unmittelbar zur Anwendung kommen zu lassen, in welchem ein auf Hinterlegung einer Sache gerichteter obligatorischer Vorvertrag geschlossen worden ist und der Hinterleger bei der Erfüllung dieses Vorvertrages dem Verwahrer einen anderweiten Schaden zufügt. Ob man den § 694 BGB. analog auf alle Fälle der culpa in contrahendo anwenden darf, in der Weise, daß überall der Schädiger die Beweislast für seine Schuldlosigkeit zu führen hat, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist der im § 694 BGB. geregelte Fall der culpa in contrahendo so nahe den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a verwandt, daß der nachstehende Schluß unbedenklich gezogen werden kann: „Wenn schon rechtswidrige Verstöße bei Vertragsschluß und bei Eingehung einer Verbindlichkeit unter Umständen eine Beweislast des Schädigers für seine Nichtschuld begründen, so muß dies erst recht bei schuldhaften Verstößen bei Erfüllung bereits bestehender Verbindlichkeiten zutreffen." Zugleich bestätigt der § 694 BGB. die Richtigkeit der Annahme, daß in den Fällen, in welchen der weitere Schaden durch die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes verursacht worden ist, regelmäßig eine besonders starke tatsächliche Vermutung für ein Verschulden des Schuldners spricht; denn hierauf beruht allein die durch die Fassung zum Ausdruck gebrachte Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens im § 694 BGB. — Leonhard[64]) verkennt das Wesen des Verwahrungsvertrages als eines Realvertrages gründlich, wenn er, soweit es sich um Verschulden bei Vertragsschluß handelt, dem Verwahrer entgegen dem klaren Wortlaut des § 694 BGB. den Beweis des Verschuldens des Hinterlegers auferlegt, (Leonhard meint wohl in Wirklichkeit das Verschulden bei Abschluß des Vorvertrages), und wenn er umgekehrt den Schuldner

63) Vgl. Enneccerus, § 389, 2, Anm. 2.

64) Leonhard, S. 375 zu § 694 BGB. und S. 337.

(Hinterleger) mit dem Nachweis seiner Schuldlosigkeit belastet, und zwar gemäß § 282 BGB., wenn die Schuld bei der Erfüllung vorliegt. Eine solche Unterscheidung kann aber bei einem einseitig verpflichtenden Realvertrag überhaupt nicht gemacht werden, da hier Vertragsschluß und „Erfüllung" seitens des Hinterlegers zeitlich zusammenfallen. Mit Recht machen auch die Protokolle diesen Unterschied nicht[65]). Im übrigen setzt sich Leonhard hier mit der von ihm vertretenen Ansicht in Widerspruch, nach welcher bei positiver Forderungsverletzung der Gläubiger das Verschulden des Schuldners als besondere Voraussetzung eines selbständigen Schadensersatzanspruches zu beweisen habe.

Daß der vielfach zu Unrecht als positive Forderungsverletzung bezeichnete Verstoß des Verkäufers gegen die besondere Versendungsanweisung des Käufers — § 447 Abs. II BGB. — keinen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung begründet, ist bereits festgestellt worden[66]). Es handelt sich um bloße schuldhaft mangelhafte Erfüllung bezw. um Nichterfüllung. Auf den ersten Blick scheint § 447 Abs. II BGB. überhaupt eine Haftung ohne Verschulden zu normieren. Dies trifft jedoch nicht zu; denn das Verschulden liegt regelmäßig gerade darin, daß der Verkäufer ohne dringenden Grund von der durch den Käufer hinsichtlich der Versendung erteilten Anweisung abweicht[67]). Das Verschulden des Verkäufers wird vom Gesetz vermutet, wenn objektiv feststeht, wofür der Käufer die Beweislast trägt, daß der Schuldner (Verkäufer) von der ihm erteilten Anweisung abgewichen ist. Der Verkäufer muß demgegenüber im Wege des Hauptbeweises die gesetzliche Schuldvermutung entkräften und nachweisen, daß besondere, von ihm nicht zu vertretende Umstände ihn gezwungen haben, von der Anweisung abzuweichen und die von ihm vorgenommene Art der Erfüllung zu wählen. Der Umstand, daß hier der Schaden durch die Art der Erfüllungsvornahme verursacht wird, darf nicht zu der Annahme verleiten, daß hier ein Fall der positiven Forderungsverletzung in Frage steht. Eine positive Forderungsverletzung würde erst dann vorliegen, wenn durch das ohne dringenden Grund erfolgte Abweichen von der Versendungs-

65) So die Protokolle, Bd. II, S. 401 und Planck zu § 694 BGB., S. 1240.
66) Vgl. S. 59, 60 dieser Arbeit.
67) So Enneccerus, § 326, 2, a.

anweisung nicht nur die beim Versendungskauf bestehende Pflicht zur „ungefährdeten" Versendung durch Beschädigung der verkauften Waren oder durch Verlust, z. B. Diebstahl, unmöglich wird, sondern darüber hinaus durch die eingetretene teilweise oder völlige Unmöglichkeit der Leistung, der ordnungsmäßigen Versendung, dem Gläubiger ein weiterer Schaden zugefügt wird, der nicht Nichterfüllungsschaden ist. Beispiel: „Eine Brauerei kauft bei einer auswärtigen Autofabrik einen neuen Lieferwagen. Auf besondere Anweisung der Käuferin soll der Lieferwagen durch die Eisenbahn an seinen Bestimmungsort befördert werden. Die Lieferfirma läßt den noch neuen Wagen jedoch durch einen ihrer Fahrer an den Bestimmungsort fahren. Durch schuldhafte Überbeanspruchung des noch neuen Wagens auf der Überführungsfahrt entsteht ein Getriebefehler, der weder von dem Fahrer noch von der Käuferin bemerkt wird. Auf der ersten Fahrt, welche die Käuferin mit dem Lieferwagen ausführen läßt, versagt infolge des Getriebeschadens die Bremse. Der Lieferwagen fährt gegen ein Hindernis und wird stark beschädigt. Die beförderte Ware (Flaschenbier) geht verloren." — Hier liegt ein Fall der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a vor. Durch die nicht ordnungsmäßige Erfüllung der Versendungspflicht gemäß der Anweisung wird dem Gläubiger ein besonderer Schaden zugefügt. Auch diese Fälle der positiven Forderungsverletzung lassen sich ohne besondere Schwierigkeiten unter den § 447 Abs. II BGB. bringen; denn nach dem Wortlaut des § 447 Abs. II BGB. haftet der Verkäufer, trotzdem der Käufer bereits die Gefahr trägt, für sämtlichen adäquaten Schaden, der infolge der schuldhaften Abweichung von der Anweisung entsteht. Wenn der § 447 Abs. II BGB. auch fraglos nur für Fälle der Nichterfüllung gedacht ist, so können doch also bei ausdehnender Auslegung auch Fälle der positiven Forderungsverletzung durch ihn gedeckt werden[68]). Die Beweislast in Ansehung der Schuld bezw. Nichtschuld kann bei allen auf § 447 Abs. II BGB. gestützten Klagen, ob nun lediglich der Unmöglichkeitsschaden oder der durch die Abweichung verursachte Verzugsschaden oder der für die positive Forderungsverletzung typische, weitergehende Schaden geltend gemacht wird, nur einheitlich den Schuldner

68) Ähnlich wie bei § 1833 Abs. I BGB.

treffen. Daß dem Schuldner im Falle des § 447 Abs. II BGB. der Beweis seiner Schuldlosigkeit obliegt, wird übrigens durch die Bestimmung des § 655 BGB. bestätigt, wonach der Beauftragte nur dann berechtigt ist, von den Weisungen seines Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber die Abweichung billigen würde. Die Voraussetzungen dieser besonderen Berechtigung stehen zur Beweislast des beauftragten Schuldners [69]). Es steht im Einklang hiermit, wenn der Verkäufer (Schuldner) die Beweislast dafür trägt, daß ein dringender Grund zum Abweichen von der erteilten Anweisung gegeben war. — Nach § 644 Abs. II BGB. gilt das hinsichtlich der Beweislast der Schuld oder Nichtschuld für den Versendungskauf Gesagte für einen Werkvertrag entsprechend, bei welchem der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet.

Wie dargelegt, betrifft der § 618 Abs. III BGB. lediglich einen Fall der positiven oder negativen Nichterfüllung einer selbständigen Nebenpflicht [70]). Der Dienstverpflichtete hat lediglich zu beweisen, daß die Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die der Dienstberechtigte zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, nicht mangelfrei eingerichtet waren. Zu seiner Beweislast steht allein der Mangel der Einrichtung, der Schaden und der Kausalzusammenhang. Demgegenüber trifft den Dienstberechtigten die Beweislast für seine Schuldlosigkeit, und zwar nicht etwa deswegen, weil oft, wenn die Vorrichtungen nicht vorschriftsmäßig eingerichtet sind, das Verschulden prima facie bewiesen ist, sondern weil eine gesetzliche Vermutung für das Verschulden des Dienstherrn besteht. Zahlreiche Entscheidungen begründen diese Beweislastverteilung ausdrücklich mit § 282 BGB. [71]), trotzdem der entstehende Schaden selbständiger Natur ist und die Schadensersatzleistung sich wohl schwerlich als Surrogat des Anspruchs auf Erfüllung der dem Dienstberechtigten gemäß § 618 BGB. obliegenden Verpflichtungen auffassen läßt. Aus dem sozialen Schutzcharakter

69) Vgl. Leonhard, S. 374 zu § 665; RG. in JW.: 1901, S. 411; RG.: 90, 135.

70) Vgl. Seite 59, 60 dieser Arbeit.

71) Vgl. Rspr. OLG.: Bd. 10, S. 179; Recht: 1919, Nr. 1386; RG. im Recht: 1917, Nr. 808; LZ.: 1917. S. 1132; so auch Leonhard, S. 372 zu § 618 BGB.

des § 618 BGB. ist vom Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht im übrigen stets abgeleitet worden, daß die an die Beweislast des Dienstverpflichteten für die Verletzung, die Nichterfüllung der dem Dienstberechtigten obliegenden Verpflichtungen und den Ursachenzusammenhang zu stellenden Anforderungen nicht überspannt werden dürfen [72]). Der Dienstverpflichtete wird der ihm hinsichtlich des Verletzungstatbestandes obliegenden Beweispflicht oft schon dann genügen, wenn er einen ordnungswidrigen, gefahrdrohenden Zustand und das Vorhandensein von Mängeln nachweist, die nach dem natürlichen Verlauf der Dinge geeignet waren, die später eingetretenen Schäden hervorzurufen. Dem Dienstberechtigten fällt sodann der Gegenbeweis dafür zu, daß besondere Umstände eine andere Schadensursache erkennen lassen und damit die vom Dienstverpflichteten dargelegten Mängel als Ursache oder Mitursache ausschließen. Mit anderen Worten greifen also zugunsten des Dienstverpflichteten beim Nachweise des äußeren Verletzungstatbestandes die Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheins ein [73]). Der Prima-facie-Beweis kann umgekehrt dem Dienstberechtigten den Beweis seiner Schuldlosigkeit erleichtern, so z. B., wenn der Sachverhalt ohne weiteres erkennen läßt, daß der Dienstverpflichtete von einem Gerät einen bestimmungswidrigen Gebrauch gemacht hat. Bei bestimmungsgemäßem Gebrauch muß jedoch der Dienstberechtigte beweisen, daß er seiner Fürsorgepflicht genügt, insbesondere auch das fragliche Gerät regelmäßig untersucht hat [74]).

Aus § 1833 Abs. I BGB. läßt sich für die Frage der Beweislast in Ansehung des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung nichts entnehmen. Die Fassung des § 1833 Abs. I BGB. „der Vormund ist dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich, wenn ihm ein

72) Vgl. z. B. RG.: 95, 104; 138, 37 = JW. 1933, S. 1646[3]; RAG. in JW. 1933, S. 2080 und S. 2334, Nr. 1; RG. Warn. Rspr. 1934, Nr. 132; RG. JW. 1936, S. 803[12]; RAG. in JW. 1936, S. 475, Nr. 43; RAG. in JW. 1936, S. 1248, Nr. 43 u. S. 1249, Nr. 44 u. a.

73) Das Reichsgericht bezw. Reichsarbeitsgericht will teilweise dem sozialen Schutzcharakter des § 618 BGB. zug. des Dienstverpflichteten eine über den Beweis des ersten Anscheins hinausgehende Beweisregelung entnehmen, vgl. insoweit RG. JW. 1936, S. 803[12]; RAG. JW. 1936, S. 475; hiergegen mit Recht Nipperdey in JW. 1933, S. 1646 und JW. 1936, S. 1248.

74) RG. im Recht 1918, Nr. 1224 f.; LZ. 1918, S. 1076[24].

Verschulden zur Last fällt", die für eine Beweislast des Gläubigers (Mündels) spricht [75]), kann nicht allzu schwer ins Gewicht fallen, da sie in erster Linie zum Ausdruck bringen soll, daß sich die Haftung auf schuldhafte Verstöße beschränkt, wenn im übrigen auch der § 1833 Abs. 1 BGB. im Gegensatz zu § 276 BGB. unmittelbar Haftungsgrundlage ist, und zwar generelle Haftungsnorm, welche die Anwendung spezieller Haftungsnormen nicht schlechthin ausschließt. Soweit dem Vormund die Erfüllung einer ihm dem Mündel gegenüber obliegenden ganz bestimmten Verpflichtung unmöglich wird oder er eine Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt, kann die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens also unmittelbar auf die §§ 282, 285 BGB. gestützt werden. Die Fassung eines Rechtssatzes ist für die Beweislastverteilung nicht immer ausschlaggebend. So spricht z. B. in den Fällen der §§ 338, 351, 498 BGB. die Fassung — ähnlich wie im § 1833 BGB. — für eine Beweislast des Gläubigers in Ansehung des Verschuldens des Schuldners. Trotzdem wird hier jedoch allgemein und unbestritten dem Schuldner der Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegt [76]). In der Wissenschaft ist denn auch die Ansicht vorherrschend, die dem Vormund bei objektiv gegebener Pflichtverletzung die Beweislast für seine Schuldlosigkeit aufbürdet [77]).

Der nach § 463 Satz 2 BGB. gegebene Schadensersatzanspruch ist ein Gewährleistungsanspruch. Die besonderen Voraussetzungen dieses Gewährleistungsanspruches, insbesondere also auch die Arglist, muß der Käufer beweisen [78]). Der Anspruch aus § 463 BGB. betrifft einen Fall der culpa in contrahendo [79]). Durch das arglistige Verschweigen werden also bestehende Verpflichtungen noch nicht verletzt. Aus diesem Grunde können aus der Beweislast des Gläubigers für die Arglist im Falle des § 463 Satz 2 BGB. keinerlei Schlüsse auf eine entsprechende Beweislastverteilung hinsichtlich des Ver-

75) Für die Beweislast des Mündels (Gläubigers) hinsichtlich des Verschuldens: RG. 76, 186; RG. Warn. Rspr. 1911, Nr. 476; JW. 1911, S. 984.

76) Vgl. Rosenberg, S. 406 und S. 403 und die dortselbst zitierten Entscheidungen und Schriftsteller.

77) So u. a. Leonhard, S. 408 zu § 1833 und Rosenberg, S. 406.

78) Haymann, S. 39; RG.: 83, 241; 102, 394; JW.: 1914, S. 74.

79) So Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 35 ff.; Schultze im Arch. bürg. Recht: Bd. 30, S. 150 (Bd. 31, S. 225); and. Ans.: Wolff in Jher. Jhbch.: Bd. 56, S. 43; v. Blume ebenda: Bd 55, S. 209.

schuldens bei positiver Forderungsverletzung gezogen werden. Daß der Gesetzgeber in diesem Fall der culpa in contrahendo im Gegensatz zu § 694 BGB. keine gesetzliche Verschuldensvermutung zugrundegelegt hat, hat darin seinen Grund, daß regelmäßig eben auch eine tatsächliche Vermutung für ein arglistiges Verhalten und für das arglistige Verschweigen eines Fehlers bei Vertragsschluß gar nicht besteht[80]). Aus der Beweislast des Gläubigers für die Arglist im § 463 Satz 2 BGB. darf aus den gleichen Gründen nicht gefolgert werden, daß bei nach Kaufabschluß verschuldeter Mangelhaftigkeit etwa der Käufer das Verschulden des Verkäufers nachweisen müsse; denn bei schuldhafter Schlechtleistung, die als nachträgliche, teilweise Unmöglichkeit aufzufassen ist, findet der § 282 BGB. unmittelbar Anwendung. Die Bestimmungen des Gewährschaftsrechts, das sich als ein vollkommen gesondert ausgestaltetes und in sich geschlossenes Haftungsgebiet darstellt, lassen weder in dem einen noch in dem anderen Sinne Schlüsse in Beantwortung unserer Hauptstreitfrage zu. Die Beweislast des Käufers für die Arglist des Verkäufers rechtfertigt daher auch nicht den Schluß, in den Fällen der culpa in contrahendo stets dem Geschädigten die Beweislast für das Verschulden des Schädigers aufzuerlegen.

Der § 635 BGB. stellt zwar noch einen Fall der Gewährleistungshaftung dar. Er greift jedoch schon in das Gebiet der Verschuldenshaftung (Unmöglichkeitslehre) hinüber. Anerkanntermaßen trifft daher trotz der Fassung des § 635 BGB. den Schuldner in unmittelbarer Anwendung des § 282 BGB. die Beweislast für seine Nichtschuld[81]). Im Gegensatz zu der Haftung aus § 463 Satz 2 BGB. wird eben für den Fall des § 635 BGB. durch die zu vertretende Mangelhaftigkeit des Werkes eine bereits bestehende schuldrechtliche Bindung verletzt. Hier muß daher die gesetzliche Verschuldensvermutung Platz greifen.

Es ist darzulegen versucht worden, daß der § 645 Abs. II BGB. sich nur auf solche dem § 694 BGB. entsprechenden Fälle

80) Überdies ist die Arglist eine besondere Verschuldensform.

81) So u. a. Leonhard, S. 373; Rosenberg, S. 402, insbes. Anm. 6; Riezler, der Werkvertrag (Jena 1900), S. 150; and. Ans. allerdings Staudinger zu § 635, Anm. 7; für entsprechende Anwendung des § 282 BGB.: Brunswig, S. 100, Anm. 45.

beziehen kann, in welchen durch den Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes dem Unternehmer nicht nur die Ausführung seines Werkes unmöglich wird, sondern auch ihm durch die verschuldete Mangelhaftigkeit ein weiterer Schaden zugefügt wird[82]). Für die Beantwortung unserer Hauptstreitfrage läßt sich aus § 645 Abs. II BGB., der ja nur eine Haftung wegen positiver Forderungsverletzung als bestehend voraussetzt, nichts entnehmen. Jedoch liegt es außerordentlich nahe, im Hinblick auf die Ähnlichkeit der Fälle der positiven Forderungsverletzung, die § 645 Abs. II BGB. offensichtlich im Auge hat, und der durch § 694 BGB. betroffenen Fälle, die gleiche Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens eintreten zu lassen und dem Schuldner wie im § 694 BGB. die Beweislast für seine Schuldlosigkeit aufzuerlegen.

Die Geltung der gesetzlichen Verschuldensvermutung ist nicht auf das Gebiet des BGB. beschränkt. So enthält z. B. der § 58 des Binnenschiffahrtsgesetzes folgende ausdrückliche Beweislastregel: „Der Frachtführer haftet, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung der Güter durch Umstände herbeigeführt worden ist, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten." Die gleiche allgemeine Verschuldensvermutung, die hier zum Ausdruck kommt, liegt den §§ 390, 407 Abs. II, 417, 429, 609 HGB. zugrunde, in welchen durch die Fassung „der Kommissionär, Frachtführer, Spediteur, usw. ist verantwortlich, e s s e i d e n n, d a ß „eindeutig klargestellt wird, daß den Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trifft[83]). Die Praxis der oberen Gerichte hat auch stets in den Fällen der §§ 390, 407 Abs. II, 417, 429, 606 HGB. dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt, so z. B.:

a) für den Kommissionär in: ROHG.: 8, 199, **201;** 12, 386; 19, 211; RG.: 11, 134;

b) für den Spediteur in: RG.: 101, 153; Seuff. Arch.: Bd. 65, Nr. 33;

c) für den Lagerhalter in: RG.: 64, 254, RG. in JW. 1927, S. 1351[3]; OLG. Braunschweig in Rspr. OLG. Bd. 28, S. 313; Seuff. Arch. Bd. 61, Nr. 257;

82) Vgl. S. 58, 59 dieser Arbeit.

d) für den Frachtführer in: RG.: 66, 41; 93, 41; JW. 1907, S. 308[17];

e) für den Verfrachter in: RG. im Recht 1912, Nr. 3140; RG. in DJZ. 1933, S. 1561.

Auch den Reeder — § 485 HGB. — trifft die Beweislast dafür, daß weder er noch eine andere Person der Schiffsbesatzung den einem Dritten durch eine Person der Schiffsbesatzung zugefügten Schaden verschuldet hat. Dies ist allerdings lebhaft umstritten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist insoweit uneinheitlich und in sich widerspruchsvoll. So legt das Reichsgericht in JW. 1929 S. 2052[5] dem Verletzten den Nachweis des Verschuldens auf und läßt nur zur Erleichterung dieses Nachweises die Grundsätze des Prima-facie-Beweises durchgreifen[84]). In der Entscheidung wird ausgeführt, daß die anderweitige Regelung der Beweislast bei der Haftung für Ladungsgut (§ 606 HGB.) und für Seetüchtigkeit des Schiffes gegenüber dem Güterbefrachter (§ 559 HGB.) keine ausreichende Veranlassung gebe, dieselbe Beweislastverteilung bei § 485 HGB. durchgreifen zu lassen, da die Beweislastverteilung in den Fällen der §§ 606, 559, HGB. darauf beruhe, daß für die eine Vertragsseite jede Möglichkeit der Einsicht in die Ursache des Schadens fehle, was im Falle des § 485 HGB. nicht zutreffe. Pappenheim[85]) hat in der Besprechung dieser Reichsgerichtsentscheidung mit Recht darauf hingewiesen, daß die Regelung der Beweislast in den §§ 559, 606 HGB. keine Besonderheit innerhalb des geltenden Rechts darstellt. Der Beweisnotstand, in welchem sich der Gläubiger befinden würde, würde zwar in den Fällen der §§ 559, 606 HGB. besonders groß sein; jedoch sind die §§ 559, 606 HGB. nur Fälle der auch in den §§ 390, 407 Abs. II, 417, 429 HGB. zugrunde gelegten allgemeinen Schuldvermutung, die im § 58 Binnenschiffahrtsgesetz sogar in Gestalt einer ausdrücklichen Beweislastregel in Erscheinung tritt. Im § 486 HGB. sind einzelne Fälle der unter § 485 HGB. erwähnten Schadenszufügung aufgeführt, so in Ziffer 2 auch die Nichterfüllung und die unvollständige Erfüllung. Es muß als ausgeschlossen betrachtet werden, daß der

---

83) Vgl. Rosenberg, S. 401, 402.

84) RG. JW. 1929, S. 2052[5] = RG.: 124, 51.

85) Pappenheim in JW. 1929, S. 2052[5] und im Seerecht, Bd. III, S. 145, 447 ff.; vgl. auch RG. in JW. 1933, S. 2331, Nr. 6 a. E.

§ 485 HGB. gerade für die Fälle der gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung eine andere, von dem Grundsatz des § 282 BGB. abweichende Beweislastverteilung hat festlegen wollen. Auch hat das Reichsgericht in anderen Entscheidungen ganz eindeutig und nicht nur auf Grund des Beweises vom ersten Anschein dem Transportunternehmer (Reeder) die Beweislast dafür auferlegt, daß der von dem Beförderten erlittene und nachgewiesene Schaden nicht von ihm zu vertreten ist[86]).

Nach § 559 Abs. II HGB. haftet der Verfrachter dem Befrachter für jeden Schaden, der aus dem mangelhaften Zustande des Schiffes entsteht. Es kann bei diesem Wortlaut nicht zweifelhaft sein, daß auch Fälle der positiven Forderungsverletzung durch diese Bestimmung gedeckt werden können. Wird die verfrachtete Ware durch den mangelhaften Zustand des Schiffes schlecht und wird dadurch auch andere Ware des Empfängers in Mitleidenschaft gezogen, so kann der Befrachter bezw. Empfänger Ersatz des gesamten Schadens verlangen. Aus der Fassung des § 559 Abs. II HGB. „es sei denn, daß" geht hervor, daß der Verfrachter auch in diesem Falle die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trägt.

Inwieweit auf die angeführten Bestimmungen der § 282 BGB. unmittelbar und inwieweit er entsprechend angewendet werden kann, oder ob den Bestimmungen neben § 282 BGB. selbständige Bedeutung zuzusprechen ist, ist eine hier erst in zweiter Linie interessierende Frage. Aus den angeführten Bestimmungen, die sich noch beträchtlich vermehren ließen, geht jedenfalls zur Genüge die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes der Beweislast des Schuldners für seine Schuldlosigkeit hervor, sodaß darauf verzichtet werden kann, die Geltung und den Geltungsbereich dieses allgemeinen Grundsatzes im Schuldrecht noch weiter zu verfolgen. Erwähnt sei jedoch noch, daß das Gesetz zum Teil — ähnlich wie beim Verzuge in § 285 BGB. — durch den Satzbau und die Stellung eines Rechtssatzes sowie durch die negative Fassung zum Ausdruck gebracht hat, daß in Fällen der Anschlußhaftung der Schuldner die Beweislast dafür trägt, daß ihn kein Verschulden trifft[87]). Die Bestimmungen der §§ 282, 285 BGB. können daher auch unter keinen

86) RG. in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 160 = Hans. Ger. Zeit. 1903, Nr. 36.

87) Vgl. z. B. die §§ 548, 602, 645 Abs. I, 732, 1050 BGB.; Leonhard, S. 327.

Umständen als Ausnahmebestimmungen angesehen werden; denn überall da, wo bestehende Verpflichtungen verletzt werden, ist die gleiche Beweislastverteilung wie in den §§ 282, 285 BGB. anzutreffen. Dort, wo der Grundsatz der Beweislast des Schuldners scheinbar durchbrochen wird, da stehen Fälle in Frage, in welchen keine dem Schuldner obliegenden rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Verpflichtungen objektiv rechtswidrig verletzt werden, so z. B. im Falle des § 529 BGB. Nach § 529 BGB. ist nämlich der gemäß § 528 BGB. dem Schenker im Falle der Verarmung zustehende Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes dann ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch große Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sind hier die Entstehung des Herausgabeanspruchs hindernde Tatsachen. Der Nachweis von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit obliegt daher dem Beschenkten (Schuldner des Herausgabeanspruchs, Gläubiger des vollzogenen Schenkungsversprechens) [88]). Eine objektiv rechtswidrige Verletzung einer Verpflichtung durch den Schenker, sei es auch nur einer Treuepflicht gegenüber dem Beschenkten liegt hier nicht vor. Daher kann auch zu Ungunsten des Schenkers keine Schuldvermutung Platz greifen.

Ein weiterer Fall, in welchem angeblich das Verschulden und nicht die Schuldlosigkeit Beweisthema sein soll, wird vielfach im § 617 Abs. I BGB. erblickt. Hier greift jedoch, da zugleich der Schuldner (Dienstverpflichtete) durch die vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung der Krankheit seine ihm obliegende Hauptleistungspflicht objektiv rechtswidrig verletzt, die Schuldvermutung des § 282 BGB. ein, und zwar nicht nur in dem Falle, in welchem der Dienstherr (Gläubiger) aus der Pflichtverletzung Schadensersatzansprüche herleitet, sondern auch dann, wenn der Dienstberechtigte sich mit der Begründung, der Dienstverpflichtete habe die Erkrankung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt, weigert, die erforderliche Verpflegung und die ärztliche Behandlung für die Dauer von sechs Wochen zu gewähren, und der Dienstverpflichtete die Kosten der Verpflegung und ärztlichen Behandlung klageweise geltendmacht. Es mag zwar richtig sein, daß

88) So auch Wach in ZZP., Bd. 29, S. 390; OLG. Augsburg in Seuff. Arch., Bd. 65, Nr. 7; anders Leonhard, S. 369 zu § 529 BGB.

im letzteren Falle die Behauptung der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung der Erkrankung sich als Geltendmachung einer rechtshindernden Tatsache darstellt. Trotzdem ist aber die ordnungsmäßige Erfüllung der eigenen Verpflichtung und die Schuldlosigkeit hinsichtlich der Erkrankung (das Nichtvorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit) Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs aus § 617 Abs. I BGB.; denn nur, wer selbst vertragstreu ist und nachweist, daß die Unmöglichkeit seiner eigenen Leistung nicht von ihm zu vertreten ist, kann die ihm selbst auf Grund des Vertragsverhältnisses zustehenden Ansprüche mit Erfolg geltendmachen [89]). Eine unterschiedliche Beweislastverteilung je nachdem der Dienstherr einen Schadensersatzanspruch wegen zu vertretener Unmöglichkeit oder der Dienstverpflichtete den Anspruch auf die Verpflegungskosten usw. aus § 617 Abs. I BGB. geltendmacht, führt notwendig zu unhaltbaren Ergebnissen, so z. B., wenn beide Ansprüche gleichzeitig im Wege der Klage und der Widerklage geltend gemacht werden. An die Beweisführung hinsichtlich des dem Dienstverpflichteten obliegenden Nachweises seiner Schuldlosigkeit werden im allgemeinen nur sehr geringe Anforderungen zu stellen sein, da erfahrungsgemäß Erkrankungen regelmäßig von dem Erkrankten nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu werden pflegen. Oft wird sich schon aus der Art der Krankheit der Nachweis der Schuldlosigkeit ohne weiteres ergeben. Der Anspruch aus § 617 Abs. I BGB. ist kein Anspruch aus einer Forderungsverletzung, sondern ein gesetzlicher sozialer Ausgleichsanspruch. Eine Forderungsverletzung des Dienstberechtigten steht überhaupt nicht in Frage. Für die Beantwortung der Frage, inwieweit der Grundsatz der Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld bei objektiv rechtswidrigen Erfüllungsverstößen Allgemeingültigkeit beanspruchen kann, läßt sich also aus § 617 Abs. I BGB. unmittelbar nichts entnehmen. Diejenigen, die verleitet durch die Fassung „sofern nicht usw." dem Dienstberechtigten die Beweislast dafür auferlegen, daß der Dienstverpflichtete die Erkrankung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, müssen allerdings notwendig zu

89) Für Beweislast des Dienstverpflichteten auch Leonhard, S. 372; and. Ans. Rosenberg, S. 406; Schultzenstein im Arch. bürg. Recht, Bd. 23, S. 300 ff.

der gleichen Beweislastverteilung kommen, wenn der Dienstberechtigte aus der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung der Erkrankung einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung herleitet, z. B., weil er eine andere, teuerere Arbeitskraft hat einstellen müssen. Für die Vertreter dieser hier nicht geteilten Ansicht enthält der § 617 Abs. I BGB. insoweit mittelbar auch eine Ausnahme von dem Beweislastgrundsatz des § 282 BGB.

Eine wirkliche Beschränkung des im § 282 BGB. verkörperten Grundsatzes der Beweislast des Schuldners enthält der § 430 Abs. III HGB. Grundsätzlich kann bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen den Frachtführer nur die abstrakte Schadensberechnung zugrundegelegt werden und von dem abstrakten Schaden ist überdies noch in Abzug zu bringen, was infolge des gänzlichen oder teilweisen Verlustes des Frachtgutes an Zöllen, sonstigen Kosten und Fracht erspart wird. (§ 430 Abs. I und II HGB.). Ist der Schaden jedoch durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt worden, so kann nach § 430 Abs. III HGB. Ersatz des vollen Schadens gefordert werden. Der § 430 Abs. I und II HGB. einerseits und der Abs. III andererseits stehen daher im Verhältnis von Regel und Ausnahme zueinander. Für das Vorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit als Voraussetzung der ausnahmsweise Platz greifenden verschärften und erweiterten Haftung des Frachtführers trägt daher der Absender bezw. der Spediteur die Beweislast, während dem Frachtführer in jedem Falle der Nachweis obliegt, daß ihn eine leichte Fahrlässigkeit nicht trifft. Diese auf den ersten Blick etwas eigenartig anmutende Beweislastverteilung ist allgemein anerkannt[90]). Erbringt der Absender nicht den Nachweis des vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Handelns des Frachtführers, so kann er immer noch den abstrakten Schaden ersetzt verlangen, wenn der Frachtführer nunmehr seinerseits nicht den ihm obliegenden Beweis erbringt, daß ihn keine Fahrlässigkeit trifft. Gelingt hingegen dem Absender der Nachweis des vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens, so wird der Frachtführer damit im konkreten Falle der Beweisführungslast enthoben. Im § 430

90) So Rosenberg, S. 406 und Rundnagel in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts V, 2, S. 237; ferner RG.: 7, 129.

Abs. III HGB. wird demnach nur die allgemeine Schuldvermutung auf die Verschuldensform der leichten Fahrlässigkeit beschränkt. Der Abs. III enthält also eine Ausnahme von der Beweislastregel des § 282 BGB., insofern als nach § 282 BGB. der Schuldner auch das Nichtvorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu beweisen hat. Aus dem Ausnahmecharakter der Beweislastverteilung im § 430 Abs. III HGB. ergibt sich, daß eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung hinsichtlich der Beweislastverteilung in anderen Fällen nicht zulässig ist. So gilt die Bestimmung des § 282 BGB. insbesondere auch da, wo der Schuldner nur Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat[91]).

Aus der nachgewiesenen Allgemeingültigkeit der bei objektiv rechtswidrigen Erfüllungsverstößen bestehenden gesetzlichen Verschuldensvermutung, die u. a. in den §§ 282, 285 BGB. zum Ausdruck gekommen ist, rechtfertigt sich nun aber die analoge Anwendung des § 282 BGB. bezw. des ihm zugrundeliegenden Rechtsgedankens auf die positive Forderungsverletzung, zumal gewisse Fälle der positiven Forderungsverletzung, wie dargelegt, ohne besondere Schwierigkeiten unter einzelne Gesetzestatbestände des besonderen Schuldrechts gebracht werden können, aus welchen sich durch Wortfassung und Satzstellung die Beweislastverteilung zu Ungunsten des Schuldners zweifelsfrei ergibt. Die analoge Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung wird auch dadurch gestützt, daß einzelne Gesetzestatbestände, welche die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit regeln und bei welchen durch die Fassung eindeutig zum Ausdruck gebracht worden ist, daß der Schuldner die Beweislast trägt, es auf Grund ihrer allgemeinen Fassung ohne weiteres zulassen, ihnen auch Fälle der positiven Forderungsverletzung zu unterstellen.

---

91) So u. a. Warn. Kom. zu § 282, Anm. I; Planck, Bd. II, 1, S. 249; Oertmann, S. 188; RG.: 56, 270; and. Ans.: Endemann, Bd. I, S. 638, Anm. 11; Dernburg, Bd. II, 1, S. 177, Anm. 4; Crome, Bd. II, S. 121, Anm. 40 ROHG.: 8, 429; Kiel, Schlesw. Holst. Anz. 1914, S. 308.

VI. Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe für die analoge Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung.

Die im Einzelfall oft außerordentlich schwierige Abgrenzung zwischen der positiven Forderungsverletzung und den sonstigen Erfüllungsverstößen, insbesondere der Unmöglichkeit der Leistung, ist ein gewichtiger praktischer Grund dafür, bei der positiven Forderungsverletzung die gleiche Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens Platz greifen zu lassen wie im Falle der Unmöglichkeit und des Verzuges, wenn man nicht zu willkürlichen Beweislastentscheidungen gelangen will. Wie schwierig insbesondere die Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von der Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung einer selbständigen oder unselbständigen Nebenpflicht ist, ist schon im § 3 dieser Arbeit aufzuzeigen versucht worden [92]). Die herrschende Lehre will ja den § 282 BGB. weder unmittelbar noch entsprechend auf die Nebenverpflichtungen anwenden [93]), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um selbständige oder unselbständige Nebenpflichten handelt. Sie lehnt überhaupt den Begriff der Unmöglichkeit bei Nebenverpflichtungen ab und behandelt demgemäß im allgemeinen die Verstöße gegen Nebenpflichten unterschiedslos als positive Forderungsverletzungen. Trotzdem finden sich zahlreiche Entscheidungen, die dem Schuldner die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen, obschon die Verletzung von Nebenpflichten in Frage steht. Wie bei der Abgrenzung zwischen der Unmöglichkeit einer Hauptleistungspflicht und der positiven Forderungsverletzung der Art des Erfüllungsverstoßes (ob positiv oder negativ) keinerlei Bedeutung beizumessen ist und die Abgrenzung vielmehr allein nach dem Inhalt der verletzten Pflicht und dem Umfang des entstehenden Schadens vollzogen werden kann, so können auch bei der Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von der Unmöglichkeit einer Nebenpflicht nur die beiden letztgenannten Momente die Grundlage für eine Abgrenzung bilden. Die selbständige Nebenpflicht, deren Begriffsbestimmung keine besonderen Schwierigkeiten bietet.

92) Vgl. S. 45 f. der Arbeit.

93) v. Tuhr, Bd. II, S. 461, Anm. 41.

unterscheidet sich nur dadurch von der Hauptleistungspflicht, daß sie ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach nicht das Wesen des Schuldverhältnisses bestimmt und daher auch beim gegenseitigen Vertrag zu der Hauptleistungspflicht des Vertragsgegners nicht in einem synallagmatischen Verhältnis stehen kann. Im übrigen ist sie ein getreues Abbild der Hauptleistungspflicht und es ist wirklich keinerlei Grund ersichtlich, auf sie nicht die Beweislastregel des § 282 BGB. anzuwenden, wenn ihre Erfüllung durch positive oder negative Handlung des Schuldners unmöglich wird, selbst wenn sich das Erfüllungsinteresse an der Erfüllung der Nebenpflicht regelmäßig nicht von vorneherein fest umreißen läßt und die Ersatzleistung infolge des vielgestaltigen Inhalts, den die Nebenpflichten haben können, nicht immer als Surrogat des Anspruchs auf Erfüllung der selbständigen Nebenverpflichtung aufgefaßt werden kann. Daß für die selbständige Nebenverpflichtung insbesondere auch in Ansehung der Beweislast nichts anderes gelten kann als für die Hauptleistungspflicht, geht auch daraus hervor, daß eine bestimmte Verpflichtung bei einem Vertragstypus Hauptleistungspflicht und bei einem anderen sehr wohl selbständige Nebenpflicht sein kann. So ist z. B. die den Schuldner hinsichtlich einer Sache treffende Erhaltungspflicht beim Verwahrungsvertrag und bei der Leihe Hauptleistungspflicht des Verwahrers oder Entleihers und beim Mietvertrag selbständige Nebenpflicht des Mieters [94]). Es müßte den Anschein der Willkürlichkeit erwecken, wollte man die Beweislast in Ansehung des Verschuldens unterschiedlich verteilen, je nachdem die Verpflichtung, gegen welche der Schuldner verstoßen hat, eine das Wesen des Schuldverhältnisses bestimmende Hauptleistungspflicht oder eine selbständige Nebenverpflichtung ist, an deren Erfüllung der Gläubiger oft größeres Interesse haben wird als an der Erfüllung der Hauptleistungspflicht selbst. — Der Verstoß gegen eine selbständige Nebenpflicht begründet, wie dargelegt, keineswegs immer eine positive Forderungsverletzung [95]). Im allgemeinen wird es sich vielmehr um Nichterfüllung handeln. Der Mieter, der die gemietete Sache mit Veränderungen oder Verschlechterungen herausgibt, erfüllt eine ihm obliegende, gesetzlich ausdrücklich geregelte, selbständige vertragliche

94) Vgl. S. 45 der Arbeit.

95) Vgl. S. 45, 46 der Arbeit.

Nebenpflicht nicht. Die Erfüllung der ihm in Ansehung der Mietsache obliegenden Erhaltungspflicht wird ihm ganz oder teilweise unmöglich, sodaß ihn auch hier, wie allgemein anerkannt, die Beweislast für seine Nichtschuld trifft[96]). Die herrschende Lehre, welche eine Nichterfüllung von Nebenpflichten nicht anerkennen und auch den § 282 BGB. infolgedessen auf die Nebenpflichten nicht anwenden will, müßte hier streng genommen dem Vermieter die Beweislast auferlegen.

Die unselbständigen Nebenpflichten, die kein rechtliches Eigendasein führen, zerfallen in die konkreten Treuepflichten (Einzelpflichten), deren Inhalt gemäß § 157 BGB. zu ermitteln ist, und in solche, die nicht nur im Einzelfall, sondern generell den Inhalt der Hauptleistungspflicht erweitern und bestimmen[97]). Die konkreten Treupflichten begründen keine Erweiterung der Hauptleistungspflicht selbst, wenn sie auch die Art und Weise, in welcher zu erfüllen ist, oft festlegen. So ist beim Gastwirtsvertrag allein die Lieferung von Speisen Inhalt der Hauptleistungspflicht. Die Erhaltung der Gesundheit des Gastes wird hier nicht als Hauptleistung geschuldet wie etwa beim Beförderungsvertrag, wo die Erhaltung der Gesundheit des Fahrgastes unselbständige Nebenpflicht ist, die den Umfang der Hauptleistungspflicht generell dahin erweitert, daß nicht nur die Beförderung schlechthin, sondern die den Beförderungsgegenstand erhaltende Beförderung als Hauptleistung geschuldet wird. Will man die positive Forderungsverletzung von der Nichterfüllung (Unmöglichkeit und Verzug) abgrenzen, so ist also zunächst festzustellen, welche Pflichten verletzt werden. Werden unselbständige Nebenpflichten verletzt, so ist zu untersuchen, ob es sich um solche Nebenpflichten handelt, die den

96) So Förster-Kann, ZPO. I, 730 zu § 548 BGB.; Krückmann in Jher. Jhbch.: Bd. 65, S. 217; Leonhard, S. 369, 370, der unmittelbar den § 282 BGB. anwendet; Wach in ZZP., Bd. 29, S. 390; Mittelstein, S. 237, Anm. 21, der die Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners weder aus der negativen Fassung des § 548 BGB. noch unmittelbar aus § 282 BGB. herleitet, sondern damit begründet, daß die Mietsache der Obhut des Mieters überlassen sei, weshalb er, der ja allein Bescheid wisse, sich zu rechtfertigen habe; RG. Recht 1922, Nr. 1395; OLG. Hamburg im Recht 1912, Nr. 3247 und 1913, Nr. 1295; OLG. Hamburg in Rpr. OLG., Bd. 16, S. 423 und Bd. 17, S. 389; OLG. Frankfurt in Rspr. OLG., Bd. 23, S. 38; OLG. Stuttgart in Recht 1914, Nr. 1557 und Nr. 2994; RG. JW. 1929, S. 3230, Nr. 6; RG. JW. 1930, S. 1966, Nr. 24; Seuff. Arch., Bd. 71, Nr. 56 u. a.

97) Vgl. S. 46 der Arbeit.

Inhalt der Hauptleistungspflicht selbst unmittelbar erweitern, oder ob konkrete Treuepflichten in Frage stehen. Sind konkrete Treupflichten verletzt, so ist zu prüfen, welche Wirkungen die Verletzung auf die Hauptleistungspflicht selbst gehabt hat. Wird die Hauptleistung selbst in Mitleidenschaft gezogen und hält der entstehende Schaden sich im Rahmen des Erfüllungsinteresses, so liegt Nichterfüllung vor. Wird hingegen die Hauptleistungspflicht durch die Verletzung der konkreten Treuepflicht nicht berührt und wird die eigentliche Leistung fehlerfrei bewirkt, so ist eine positive Forderungsverletzung der Gruppe I b gegeben, wenn die Verletzung der konkreten Treuepflicht zu einer anderweiten Schädigung des Gläubigers geführt hat. Die positive Forderungsverletzung der Gruppe I b beruht also stets auf einem Verstoß gegen konkrete Treuepflichten, und zwar gegen solche Treuepflichten, die festlegen, in welcher Art und Weise die Vorbereitung und Vornahme der Erfüllung im Einzelfall zu erfolgen hat, damit ordnungsmäßig erfüllt ist. Führt die Verletzung einer konkreten Treuepflicht zu einer mangelhaften Leistung (im engeren Sinne) und wird durch diese mangelhafte Leistung ein weiterer Schaden verursacht, so ist eine positive Forderungsverletzung der Gruppe I a gegeben. — Werden solche unselbständigen Nebenpflichten verletzt, die den Inhalt der Hauptleistungspflicht generell erweitern [98]), so ist zugleich die Hauptleistungspflicht verletzt und regelmäßig, sofern nicht ausnahmsweise ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden entstanden ist, ein Fall der gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung (Unmöglichkeit) gegeben.

Die vorstehenden Ausführungen lassen zur Genüge erkennen, wie schwierig sich die Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit (Nichterfüllung) und positiver Forderungsverletzung gestaltet. Zu beachten ist weiter auch, daß die Parteien es ja jederzeit in der Hand haben, eine konkrete schuldrechtliche Treuepflicht durch besondere Vereinbarung zu einer selbständigen Nebenpflicht zu erheben. Besonders auffällige Treuepflichten werden nicht selten in Vereinbarungen als selbständige Verpflichtungen des Schuldners ausdrücklich festgelegt [99]). Ebenso ist es oft ein reiner Zufall der Gesetzesgeschichte, ob der

98) Die sog. „typischen" unselbständigen Nebenpflichten im Gegensatz zu den konkreten Treuepflichten als den atypischen Nebenpflichten.

99) Vgl. auch Freitag, S. 50.

Gesetzgeber eine sich auf die Erfüllung beziehende Verpflichtung in Gestalt eines dispositiven Rechtssatzes oder als unselbständige Nebenpflicht, insbesondere als eine nach § 157 BGB. zu ermittelnde Treuepflicht, in Erscheinung treten läßt. Soll denn tatsächlich von diesen Zufälligkeiten die Beweislastregelung in Ansehung des Verschuldens abhängen? Diejenigen Treuepflichten, denen eine größere Bedeutung zukommt, hat der Gesetzgeber ja im allgemeinen zu gesetzlich ausdrücklich festgelegten selbständigen Nebenpflichten erhoben. Würde der Gesetzgeber z. B. die dem Mieter nach § 545 BGB. obliegende Nebenverpflichtung (Anzeigepflicht) nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt haben, so würde fraglos eine entsprechende Treuepflicht bestehen; denn allen Treuepflichten liegt das sittliche Gebot zugrunde, alles zu tun, was den Gläubiger während des Bestehens des Schuldverhältnisses und insbesondere bei der Erfüllung vor Schaden bewahrt. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, wann es sich um eine konkrete Treuepflicht handelt und wann um eine den Inhalt der Hauptleistungspflicht mit bestimmende unselbständige Nebenpflicht der anderen Kategorie. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es oft ab, ob eine positive Forderungsverletzung oder nur ein teilweise Unmöglichkeit der Hauptleistung vorliegt. Vor welche Schwierigkeiten muß sich daher eine Theorie gestellt sehen, welche bei der positiven Forderungsverletzung eine der Regelung bei Unmöglichkeit und Verzug entgegengesetzte Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens befürwortet, und welch große praktischen Vorteile bietet doch demgegenüber eine gleichmäßige Beweislastverteilung bei den hauptsächlichen Störungsformen der Obligation „Unmöglichkeit, Verzug und positive Forderungsverletzung". Die lästigen Abgrenzungsschwierigkeiten entfallen. Der Richter kann sich regelmäßig mit der Feststellung begnügen, daß es sich um einen Erfüllungsverstoß handelt, soweit es sich um die Frage der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens dreht. Die gleichmäßige Beweislastverteilung bei sämtlichen Störungsformen der Obligation ist damit ein in hohem Maße der Rechtssicherheit dienendes Moment.

Die einheitliche Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners ist aber nicht nur ein Gebot der Zweckmäßigkeit sondern auch der Billigkeit; denn es ist gewiß gerechter dort,

wo bestehende Pflichten verletzt werden, denjenigen die Gefahr des Nichtfestgestelltseins eines Verschuldens tragen zu lassen, der objektiv nicht gehörig erfüllt hat, als denjenigen, dem bereits durch die objektiv nicht gehörige Erfüllung ein Schaden zugefügt worden ist. Der Schuldner, dem die Erfüllung obliegt, steht bei einem Erfüllungsverstoß dem Nachweis der Nichtschuld näher als der Gläubiger dem Nachweise eines Verschuldens des Schuldners. Beweisnotstandslagen werden also bei einer Beweislastverteilung, die den Schuldner bei der positiven Forderungsverletzung mit dem Nachweise der Nichtschuld belastet, nur selten eintreten können. Es entspricht der Billigkeit, daß der Schuldner, für den der Nachweis der Erfüllung nicht mehr in Betracht kommt, da ein Erfüllungsverstoß objektiv nachgewiesen ist, zumindest den Nachweis zu führen hat, daß ihn kein Verschulden trifft, daß er mit anderen Worten seine Pflichten subjektiv erfüllt hat, insofern er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat und die ordnungsmäßige Erfüllung auch trotz Anwendung dieser Sorgfalt für ihn nicht durchführbar war. Erfüllen im weitesten Sinne heißt eben nicht nur „die geschuldete Leistung erbringen", sondern „alles tun, was den Erfüllungserfolg herbeiführen und sichern und alles unterlassen, was ihn verhindern oder schmälern muß." Seine Pflichten „erfüllt" hat der Schuldner also auch dann, wenn er an dem Mißerfolg seiner auf Erfüllung gerichteten Bemühungen schuldlos ist. Es ist daher ein Gebot der Gerechtigkeit und Billigkeit, demjenigen die Beweislast hinsichtlich der Nichtschuld aufzuerlegen, dem auch der Beweis der Erfüllung obliegt. Mit gewissen Einschränkungen kann man daher auch sagen, daß die im Schuldrecht bei objektiver Verletzung bestehender Verbindlichkeiten geltende allgemeine Entschuldungspflicht des Schuldners letzten Endes aus der Beweislast des Schuldners für die ordnungsmäßige Erfüllung folgt[100]). — Überall da, wo der Erfüllungserfolg ganz oder teilweise nicht eingetreten oder geschmälert worden ist, vermutet das Gesetz, daß der Schuldner nicht alles getan hat, den Erfüllungserfolg sicherzustellen bezw. herbeizuführen. Dies entspricht einem allgemeinen Erfahrungssatz des Lebens, den das Gesetz zur gesetzlichen Schuldvermutung erhoben hat, die das gesamte Gebiet der Haftung für Erfüllungsverstöße beherrscht.

100) So auch Beckh, S. 230.

§ 6:

Die Stellungnahme der Wissenschaft und Rechtsprechung zu der Hauptstreitfrage.

I. Die Stellungnahme der Wissenschaft.

Nachdem wir so eine gefestigte eigene Meinung zu der Hauptstreitfrage gewonnen haben, können wir darangehen, die teilweise recht verworrene Stellungnahme der Wissenschaft und Rechtsprechung zu der Frage der Beweislast in Ansehung des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung darzulegen und zugleich die verschiedenen Auffassungen, soweit dies noch erforderlich, einer eingehenden Kritik von dem hier vertretenen Standpunkt aus zu unterziehen. Es empfiehlt sich, zunächst die in der Wissenschaft vertretenen Auffassungen zu würdigen, da die Rechtsprechung unserer oberen Gerichte ein noch weniger einheitliches und erfreuliches Bild in der Stellungnahme zu dem Hauptproblem bietet.

In der Literatur ist, abgesehen von den in der Lehre von der Beweislast überragenden Werken von Leonhard und Rosenberg eine eingehende Stellungnahme zu der Hauptstreitfrage fast ausnahmslos zu vermissen. Oft wird die Frage nur gestreift und man begnügt sich damit die Ansicht zu äußern, daß die Beweislast wohl so oder so verteilt werden müsse, ohne eine nähere Begründung für die vertretene Ansicht zu geben. Im Folgenden wollen wir uns zunächst den Vertretern derjenigen Ansicht zuwenden, die unterschiedslos die Beweislast für das Verschulden bei positiver Forderungsverletzung in gleicher Weise wie beim Delikt dem Gläubiger auferlegen.

Der Hauptgrund, der von den Vertretern dieser Ansicht immer wieder ins Feld geführt wird, ist der, daß es sich bei dem Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung um einen „neben der Erfüllung liegenden", selbständigen Schadensersatzanspruch handele, dessen Voraussetzungen — insbesondere also auch das Verschulden — nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen von dem Schadensersatz begehrenden Gläubiger zu beweisen seien. Die ratio des § 282 BGB. könne aus dem gleichen Grunde nicht durchgreifen, weil eine ipso-iure-Umwandlung der Leistungspflicht in eine Schadensersatzpflicht

vom Gesetz nur im Falle der Unmöglichkeit der Leistung vorgesehen sei [1]) und die selbständige Schadensersatzforderung aus positiver Forderungsverletzung niemals Surrogat des Erfüllungsanspruches sein könne. Der letztere Umstand scheint auch Enneccerus dazu verleitet zu haben, positive Forderungsverletzung und Delikt hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden gleich zu behandeln [2]). Leonhard [3]) meint, es sprächen auch praktische Gründe und Billigkeitserwägungen für die Ansicht, die dem Gläubiger bei positiver Forderungsverletzung die Beweislast für das Verschulden des Schuldners auferlegt. Es sei zwar billig, daß der Schuldner sich entlasten müsse, wenn er die von ihm geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig bewirken könne. Dieser Grund falle jedoch bei der positiven Forderungsverletzung, bei welcher die Verpflichtung selbst ja richtig erfüllt werde oder noch erfüllt werden könne, fort, und damit greife wieder die allgemeine Billigkeitserwägung ein, daß der Kläger abgewiesen werden müsse, wenn er die Voraussetzungen seines Anspruchs nicht darlegen könne. Demgegenüber muß festgestellt werden, daß unbillig allein die unterschiedliche Beweislastverteilung bei Unmöglichkeit und Verzug einerseits und positiver Forderungsverletzung andererseits ist; denn die positive Forderungsverletzung ist gleich der teilweisen Unmöglichkeit und der nicht rechtzeitigen Leistung eine „fehlerhafte Erfüllung". In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a, die Leonhard ohne Grund von der Erörterung der Beweislastfrage ausnimmt, — er beschränkt die Untersuchung der Beweislastfrage auf solche Fälle, in denen die Erfüllung der Schuld selbst nicht vereitelt ist, (Fälle der Gruppe I b), — liegt doch zugleich regelmäßig teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor. Es mag zwar richtig sein, daß der innere Zusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und der Erfüllung in den Fällen der Gruppe I b ein weit loserer ist als in den Fällen des Verzuges und der Unmöglichkeit; es handelt sich jedoch immer noch um Erfüllungsverstöße und um eine Verletzung bestehender Verbindlichkeiten, die aus dem Schuldverhältnis ihren näheren Inhalt erhalten. Wenn Leon-

1) So Leonhard, S. 335.

2) Enneccerus zu § 273, Anm. 4.

3) Leonhard, a. a. O.; — die Argumente, die Leonhard für die Beweislast des Gläubigers anführt, finden sich auch bei Fritz, S. 24.

hard meint, es sprächen auch praktische Gründe für die von ihm vertretene Ansicht, so muß er sich entgegenhalten lassen, daß die unterschiedliche Beweislastverteilung bei Unmöglichkeit und Verzug einerseits und positiver Forderungsverletzung andererseits in hohem Maße unpraktisch ist, und zwar unter anderem auch deswegen, weil die Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von der Unmöglichkeit von Nebenpflichten sich äußerst schwierig gestaltet, was übrigens gerade auch die Ausführungen Leonhard's[4]) deutlich erkennen lassen. Daß der mit der auf eine positive Forderungsverletzung gegründeten Klage geltendgemachte Schaden nicht als Surrogat der geschuldeten Leistung aufgefaßt werden kann, rechtfertigt nach den eingehenden Erörterungen über die ratio des § 282 BGB. und im Hinblick auf die Beweislastregelung bei dem auf Verzug gegründeten Schadensersatzanspruch des § 286 Abs. I BGB. noch nicht den Schluß, daß bei positiver Forderungsverletzung der Gläubiger das Verschulden des Schuldners als besondere Voraussetzung eines selbständigen Schadensersatzanspruches zu beweisen habe; denn es greift eben, wie dargelegt, die Schuldvermutung durch, die auch bei dem gleichfalls selbständigen Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. I BGB. die Beweislast des Schuldners für seine Schuldlosigkeit begründet und die letzten Endes auch dem § 282 BGB. und weiter den angeführten Bestimmungen des besonderen Schuldrechts zugrundeliegt. Nach Leonhard müßte es auch unbillig sein, bei der Geltendmachung des Verzugsschadens dem Schuldner den Nachweis seiner Nichtschuld aufzuerlegen; denn es liegt auch gewissermaßen „neben der Erfüllung", wenn dem Gläubiger durch die nicht rechtzeitige Leistung ein besonderer Schaden zugefügt wird, der neben dem Erfüllungsanspruch eingeklagt werden kann. Goldscheider[5]) ist der Ansicht, man könne deswegen aus der Beweislastverteilung beim Verzuge für die Beweislastverteilung bei der positiven Forderungsverletzung nichts entnehmen, weil im Beweise des Verzuges bereits begriffsmäßig der Nachweis des Verschuldens liege. Die Bestimmung des § 285 BGB., nach welcher das Nichtverschulden vom Schuldner zu beweisen ist, scheint Goldscheider demnach lediglich als Zulassung eines Gegenbeweises aufzu-

4) Leonhard, S. 335.

5) Goldscheider in Gruch. Beitr.: Bd. 60, S. 380.

fassen, der aber doch in allen Fällen offensteht. In Wirklichkeit legt der § 285 BGB. dem Schuldner den Hauptbeweis der Schuldlosigkeit auf und enthebt den Gläubiger der Beweislast für das Verschulden des Schuldners. Es braucht vom Gläubiger nur der äußere Tatbestand des Verzuges bewiesen zu werden. Von Goldscheider wird somit völlig verkannt, daß beim Verzuge eine gesetzliche Schuldvermutung in Frage steht. — Die Mehrzahl derjenigen Vertreter, welche den Beweis des Verschuldens dem Gläubiger auferlegen, begnügt sich im wesentlichen mit der Feststellung, daß das Verschulden des Schuldners Voraussetzung des auf positive Forderungsverletzung gestützten Anspruchs sei und daher zur Beweislast des Gläubigers stehen müsse[6]). Eine solche Beweislastverteilung entspreche auch den allgemeinen Beweislastgrundsätzen[7]). Eine Untersuchung darüber, ob nicht auch für die positive Forderungsverletzung eine dem § 285 BGB. zugrundeliegende entsprechende Schuldvermutung angenommen werden müsse, und ob irgendwelche Umstände gegeben sind, die bei der positiven Forderungsverletzung die entgegengesetzte Beweislastverteilung wie bei Unmöglichkeit und Verzug gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, findet sich nirgends. Staudinger[8]) bezeichnet es einfach ohne nähere Begründung als die Regel, daß die Beweislast in der Schuldfrage dem Gläubiger obliege. Davon aber kann keinesfalls die Rede sein, wie aus den §§ 282, 285 BGB. hervorgeht, durch welche der Gesetzgeber bei den von ihm ausdrücklich geregelten Fällen der Nichterfüllung dem Schuldner die Beweislast dafür auferlegt, daß er die Nichterfüllung nicht zu vertreten habe[9]). Man kann doch nicht einfach die deliktische Haftung als Grundlage jeder Haftung hinstellen und die Einteilung in Regel und Ausnahme hinsichtlich der Beweislastverteilung danach vornehmen, ob die Beweislastregelung der „deliktischen Beweislastverteilung" zu Lasten des Gläubigers entspricht oder nicht. Da, wo bestehende Ver-

---

6) So z. B. Düringer-Hachenburg, 3. Auflage, zu § 347 HGB., Anm. 12, im Gegensatz zu der in der 2. Auflage vertretenen Ansicht; ferner Warn. Kom. zu § 276, IX; Betzinger, S. 173 (Nr. 153) b.

7) Höfer, S. 76; Oertmann zu § 282, 2 am Ende; Förster-Kann, Bd. I, S. 726 zu §§ 275 ff. BGB.; Brunswig in ZHR.: Bd. 56, S. 100.

8) Staudinger zu § 276, V, S. 293.

9) Vgl. S. 142 der Arbeit.

bindlichkeiten verletzt werden, ist es jedenfalls im Hinblick auf die §§ 282, 285 BGB. und die von uns aufgeführten Bestimmungen des besonderen Schuldrechts nicht die Regel, sondern die Ausnahme, daß dem Gläubiger die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners obliegt. Man könnte höchstens insofern die Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld als eine Durchbrechung von dem „obersten Beweislastprinzip" bezeichnen, weil auf Grund einer Schuldvermutung nicht sämtliche Voraussetzungen einer anspruchsbegründenden Norm zur Beweislast des Gläubigers stehen. Aber diese Durchbrechung (Ausnahme) ist für die Verletzung bestehender schuldrechtlicher Verpflichtungen eben die Regel. Die Ansicht, welche die Beweislast des Gläubigers für ein Verschulden des Schuldners als die Regel bezeichnet, mag in etwa noch von der längst überwundenen „Negativentheorie" [10]) beeinflußt sein, die mit dem von ihr als Angelpunkt der ganzen Beweislasttheorie betrachteten Grundsatz „negativa non sunt probanda" naturgemäß die Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld als eine Ausnahmeerscheinung ansehen muß. Richtig ist allerdings, daß das BGB. die Tendenz hat, Negativen nicht zum Beweisgegenstand zu machen (Motive Bd. I, S. 383). — Völlig abwegig ist übrigens die Begründung, den Gläubiger müsse die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners bei positiver Forderungsverletzung treffen, weil dort, wo das Gesetz keine besonderen Beweislastregeln aufgestellt habe, die „allgemeinen Beweislastregeln" anzuwenden seien [11]). Wie soll denn der Gesetzgeber bei der positiven Forderungsverletzung besondere Beweislastregeln aufstellen, wenn er nicht einmal die positive Forderungsverletzung selbst gesetzlich geregelt hat? Außerdem ist doch immer zu untersuchen, ob die „besondere" Beweislastregel des § 282 BGB. ein allgemein gültiges Prinzip verkörpert oder ob sie nur Ausnahme von einem Prinzip ist. Wie hinreichend dargetan, ist die Beweislastregel des § 282 BGB. im Schuldrecht keine Ausnahme von einem Prinzip, sondern verkörpert den allgemein gültigen Grundsatz, daß derjenige, der objektiv rechtswidrig gegen bestehende Verpflichtungen verstößt, sich exkulpieren muß, einen Grundsatz, den wir im Wege der Rechtsanalogie aus den §§ 282, 285 BGB. und den verschiedenen Be-

10) Vgl. Leonhard, S. 42 ff.; Wach in ZZP., Bd. 29, S. 388.
11) So Höfer, S. 76.

stimmungen des besonderen Schuldrechts abgeleitet haben. — Unmöglich ist es auch, die Beweislast des Gläubigers mit dem Wortlaut des § 276 BGB. begründen zu wollen [12]). Dies wäre nicht einmal zu rechtfertigen, wenn man den § 276 BGB. gegen die ganz überwiegende Meinung als unmittelbare Haftungsgrundlage ansehen würde; denn nach der Entstehungsgeschichte haben, wie nachgewiesen, große Zufälligkeiten bei der endgültigen Fassung des § 276 BGB. eine Rolle gespielt und dafür, daß man etwa die jetzige Fassung gewählt habe, um dadurch die Beweislastverteilung anzudeuten, sind nicht die geringsten Anhaltspunkte gegeben. Der Reichsgerichtsrätekommentar, der ja, wie ausgeführt, in dem § 276 BGB. eine unmittelbare Haftungsnorm erblickt, leitet als Folge dieser Auffassung die von ihm vertretene Ansicht, daß den Gläubiger bei der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für das Verschulden des Schuldners treffen müsse, gleichfalls unmittelbar aus dem Wortlaut des § 276 BGB. her [13]). Goldscheider [14]) versucht die von ihm vertretene Ansicht wie so viele andere auch damit zu begründen, daß „nach allgemeinen Grundsätzen" die Fahrlässigkeit vom Kläger zu beweisen sei. Nach seinen Ausführungen wird diese Ansicht auch dadurch bestätigt, daß bei der positiven Forderungsverletzung gewöhnlich auch eine fehlerhafte Bewirkung der Leistung vorliege und das Vorliegen dieser fehlerhaften Bewirkung nach § 363 BGB. vom Kläger (Gläubiger) zu beweisen sei. Auch diese Ansicht kann nicht unwidersprochen bleiben. Gewiß ist es richtig, daß die Bewirkung der Leistung bei der positiven Forderungsverletzung „fehlerhaft" ist [15]). In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a wird ja, wie wir gesehen haben, regelmäßig zugleich auch der Leistungsgegenstand in Mitleidenschaft gezogen. Die Leistung ist hier also mangelhaft im engeren Sinne. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b wird hingegen der Leistungsgegenstand regelmäßig nicht verletzt. Die geschuldete Leistung selbst ist fehlerfrei. Die Erfüllungswirkung, das Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt hier regelmäßig ein. Nur die Art und Form der Bewirkung der Leistung

12) Goldscheider, a. a. O., S. 381.
13) RGRKom. (8. Aufl.) zu § 276, 4 d.
14) Goldscheider, a. a. O.
15) Fehlerhaft im weitesten Sinne.

und die Art der Erfüllungsvornahme ist fehlerhaft. In den Fällen der pos. Forderungsverletzung der Gruppe I b hat der Gläubiger also meist gar nicht die Möglichkeit, die Annahme der geschuldeten Leistung abzulehnen. Durch die Annahme geht der Gläubiger aber auch keinesfalls etwa des Rechtes verlustig, den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung geltendzumachen. Dieser Schadensersatzanspruch liegt, wie ausgeführt, gewissermaßen neben dem Erfüllungsanspruch. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b kann der § 363 BGB. daher schon aus diesem Grunde keine Bedeutung erlangen. Der § 363 BGB. berührt aber auch gar nicht die Beweislastfrage hinsichtlich des Verschuldens, sondern betrifft nur die Frage der Beweislast hinsichtlich der Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit der geschuldeten Leistung für den Fall, daß der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat. Diese beiden Fragen werden von Goldscheider nicht genügend auseinandergehalten. Hat der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen und erbringt er den ihm nach § 363 BGB. ausnahmsweise obliegenden Nachweis, daß ein aliud geliefert oder die Leistung unvollständig oder fehlerhaft gewesen ist, so muß, sofern der Gläubiger nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, selbstverständlich auch jetzt noch der Schuldner gemäß §§ 282, 285 BGB. beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft. — Der § 363 BGB. enthält zwar eine eigentliche gesetzliche Vermutung[16]). Wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat, so wird vermutet, daß es sich um die geschuldete vollständige und mangelfreie Leistung handele. Damit wird jedoch noch nicht zugleich die Schuldlosigkeit des Schuldners für den Fall der unvollständigen und fehlerhaften Erfüllung vermutet. Es ist daher nicht recht ersichtlich, inwiefern der § 363 BGB. die Auffassung bekräftigen soll, der Gläubiger müsse bei der positiven Forderungsverletzung das Verschulden des Schuldners beweisen, zumal die Beweislast, bevor der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat und in den Fällen, in welchen der Gläubiger sie nicht als Erfüllung annimmt oder es überhaupt nicht zur Annahme der Leistung kommt, ja umgekehrt zu Lasten des Schuldners verteilt sein müßte, da der § 363 BGB. eine Umkehr der Beweislast bewirkt.

16) Leonhard, S. 357.

Brecht[17]) begründet seine Ansicht, wonach den Gläubiger bei der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für das Verschulden des Schuldners treffe, damit, daß er die Geltung des von ihm vertretenen Grundsatzes „der Schuldner muß die — objektive und subjektive — Erfüllung beweisen" auf die Fälle beschränkt, in welchen die Erfüllung in einem Tun, die Nichterfüllung also in einem Unterlassen besteht. Die in positiver Vertragsverletzung liegende „Nicht"erfüllung müsse der Gläubiger selbst beweisen. Wie gezeigt, ist nun aber eine Systematik der Erfüllungsverstöße auf Grund einer Unterscheidung zwischen positiven und negativen Verstößen überhaupt unmöglich; denn es gibt sowohl Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges, die auf positiver Handlung beruhen, wie umgekehrt Fälle der positiven Forderungsverletzung auch durch Unterlassen begangen werden können. Es ist daher unmöglich, mit Brecht, der seine ganze Systematik auf der Unterscheidung zwischen positiver und negativer Nichterfüllung bezw. Schlechterfüllung aufbaut, die Beweislastverteilung davon abhängig zu machen, ob der Erfüllungsverstoß durch Handlung oder Unterlassung begangen worden ist. Es wäre glatte Willkür, wollte man die Frage, wer bei Erfüllungsverstößen das Verschulden zu beweisen hat, auf Grund einer solchen Unterscheidung beantworten. Brecht ist dem auch heute noch verbreiteten Irrtum erlegen, daß alle durch positive Handlungen verursachten Erfüllungsverstöße als positive Forderungs- bezw. Vertragsverletzungen und alle negativen Erfüllungsverstöße als Fälle der Nichterfüllung, der Unmöglichkeit und des Verzuges, aufzufassen seien. Wenn man die Frage der Beweislast in Ansehung des Verschuldens auf Grund eines Vergleichs der bei sämtlichen Erfüllungsverstößen verletzten Pflichten, der Rechtsfolgen der Verletzungen und des Verletzungsgegenstandes zu beantworten versucht, so wird man unschwer die Antwort finden. Der Schuldner muß bei allen Erfüllungsverstoßen beweisen, daß es subjektiv erfüllt hat, d. h., daß ihn an dem Scheitern bezw. an der Schmälerung der Erfüllung kein Verschulden trifft.

Die Stellungnahme Staub's zu unserem Hauptproblem ist in sich widerspruchsvoll. Dies ist umso mehr zu verwundern, als Staub doch gerade die Haftung aus positiver Forderungs-

17) Brecht in Jher. Jhbch.: Bd. 53, S. 248, 249.

verletzung aus der Analogie zum Verzuge begründet. Er läßt schon den Käufer bei der Schadensersatzklage wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung die Beweislast für das Verschulden des Verkäufers tragen [18]). Er bemerkt hierzu, daß mit dem Grundsatz der Beweislast des Käufers für ein Verschulden des Verkäufers dem allgemein gültigen Satz, daß derjenige, der seine Vertragspflicht nicht erfüllt habe und nicht erfüllen könne, den Beweis zu erbringen habe, daß ihm keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, nicht widersprochen werde [19]). Nach der hier vertretenen Anschauung, welche die schuldhafte Schlechtleistung, durch welche eine über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden nicht verursacht wird, lediglich als teilweise Unmöglichkeit behandelt, folgt die gegenteilige Beweislastverteilung zu Lasten des Verkäufers aus dem allgemeingültigen in den §§ 282, 285 BGB. verkörperten Grundsatz, daß der Schuldner seine Nichtschuld zu beweisen hat. Für gewisse Typen von Schuldverpflichtungen erklärt Staub übrigens den Schuldner dafür als beweispflichtig, daß er sorgfältig erfüllt habe und daß er bei objektiv feststehender Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen an der Verletzung schuldlos sei. Staub vertritt diese Ansicht insbesondere für solche Schuldverhältnisse, welche eine Rechenschaftspflicht in sich schließen, so u. a. für den Auftrag und die Geschäftsbesorgungsverträge [20]). An anderer Stelle wird von Staub wieder ausgeführt, daß derjenige, der eine vertragswidrige Leistung erbracht oder sonst seine Vertragspflichten objektiv verletzt habe, sich schlechthin zu exkulpieren habe, wenn er sich von den Rechtsfolgen befreien wolle [21]).

Als Vertreter der Ansicht, die dem Gläubiger die Beweislast auferlegt, sind weiter von Blume [22]) und Schulze zur Wiesch [23]) zu nennen. Von Blume vertritt diese Ansicht für folgenden Fall der positiven Forderungsverletzung: „der

18) Staub, Kom. zum HGB. (14. Aufl.) zu § 377, Anm. 130; Anhang zu § 374, Anm. 204.

19) Auch Rabel in JW. 1923, S. 286[3] hat auf das Widerspruchsvolle in den Ausführungen von Staub hingewiesen.

20) Staub zu § 374, Anm. 16, vgl. auch Dernburg II, 1, § 70; RG.: 20, 209.

21) Staub scheint diesen Satz aus den §§ 282, 285, 345 BGB. herleiten zu wollen.

22) von Blume in Jher. Jhbch., Bd. 55, S. 225, Anm. 2.

23) Schulze zur Wiesch, S. 106.

Mieter erleidet auf Grund der Folgen der Mangelhaftigkeit der Mietwohnung einen anderweiten Schaden an seiner Gesundheit oder an seinem Eigentum." Nach von Blume muß hier der Schadensersatz begehrende Gläubiger das Verschulden des Schuldners (Vermieters) beweisen. Wird nur der in der Mangelhaftigkeit selbst liegende Nichterfüllungsschaden geltendgemacht (vgl. § 538 BGB.), so will von Blume mit der herrschenden Ansicht [24]) dem Vermieter gemäß § 282 BGB. die Beweislast dafür auferlegen, daß er den nach Abschluß des Vertrages entstandenen Mangel nicht zu vertreten habe. Nach seiner Ansicht ist der § 282 BGB. nur dann anwendbar, wenn das positive Interesse, nicht aber wenn ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden ersetzt verlangt wird. Eine einleuchtende und überzeugende Begründung vermag von Blume für diese Ansicht nicht zu geben. Eine unterschiedliche Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens, je nachdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung eingeklagt oder ein besonderer Schaden geltend gemacht wird, der nicht durch das Erfüllungsinteresse gedeckt wird, läßt sich praktisch auch gar nicht durchführen. Wenn z. B. der Mieter sowohl Ersatz des in der Mangelhaftigkeit der Mietsache selbst liegenden Schadens wie auch den Ersatz des durch die Mangelhaftigkeit weiter verursachten „anderweiten" adäquaten Schadens beansprucht, so kann man, wie aufgezeigt [25]), unmöglich die Beweislast für das Verschulden, soweit der besondere Schaden, der nicht Nichterfüllungsschaden ist, geltendgemacht wird, dem Mieter, und soweit der Nichterfüllungsschaden eingeklagt wird, dem Vermieter die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen. Der Mangel wird doch durch eine einheitliche Handlung bezw. Unterlassung verursacht. Ist der Mangel aber schuldhaft herbeigeführt worden, so ist eben fast ausnahmslos auch der weitere Schaden vom Schuldner zu vertreten, der auf der gleichen schuldhaften Handlung oder Unterlassung beruht. — Wenn Schulze zur Wiesch ohne nähere Begründung ausführt [26]), den Gast treffe bei einer durch den Wirt oder dessen Angestellte verursachten positiven Forderungsverletzung die Beweislast für ein schuldhaftes Verhalten des Wirtes oder seiner Angestellten, ausgenommen

24) von Blume, a. a. O.

25) Vgl. S. 124 ff. der Arbeit.

26) Schulze zur Wiesch, a. a. O.

jedoch bei einem Vorgehen nach § 831 BGB., so kommt hierin das Widerspruchsvolle in der sog. herrschenden Meinung klar zum Ausdruck; denn, obschon die Meinung, die dem Gläubiger die Beweislast aufbürdet, den § 278 BGB. unbedenklich auf die positive Forderungsverletzung anwendet, verneint sie die Anwendbarkeit des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung, sodaß der Gast (Gläubiger) hiernach z. B. hinsichtlich der Beweislast besser gestellt wäre, wenn er seine Klage auf Ersatz des ihm durch den Kellner bei der Bedienung zugefügten Schadens statt auf positive Vertragsverletzung auf unerlaubte Handlung (§ 831 BGB.) stützen würde. Es kann insoweit auf die früheren Ausführungen verwiesen werden [27]).

Die Ansicht, die in allen Fällen der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für die Nichtschuld dem Schuldner auferlegt, ist im Schrifttum kaum eingehender begründet als die gegenteilige, von uns bereits erörterte Ansicht. Die Begründungen, die für die auch hier verfochtene Ansicht gegeben werden, weichen zum Teil nicht unerheblich voneinander ab.

Rosenberg [28]), bei welchem sich noch die ausführlichste Erörterung unseres Hauptproblems findet, unterscheidet mit Recht zwischen Schadensersatzansprüchen aus bereits bestehenden Schuldverhältnissen und solchen Ansprüchen — insbesondere denen aus unerlaubter Handlung —, bei welchen das Verschulden zum Tatbestand der rechtsbegründenden Norm gehört. Rosenberg weist zutreffend darauf hin, daß es in bestehenden Schuldverhältnissen die fast ausnahmslose Regel sei, daß dem Schuldner der Beweis der Schuldlosigkeit obliege. Diesen Grundsatz habe das BGB. für die beiden Hauptfälle der Forderungsverletzung, für den Verzug durch die negative Fassung des § 285 BGB. und für die Unmöglichkeit durch die ausdrückliche Beweislastregel des § 282 BGB. ausdrücklich ausgesprochen. Dieser Grundsatz müsse daher auch für die positiven Vertragsverletzungen gelten, zumal ja die Begründung der Haftung für positive Forderungsverletzung durch Analogie zum Verzug und zur Unmöglichkeit zu rechtfertigen sei und vor allem auch die Rechtsfolgen der positiven Forderungsverletzung aus der analogen Anwendung der Bestimmungen über Unmög-

27) Vgl. S. 127 ff. der Arbeit.

28) Rosenberg, S. 397—406.

lichkeit und Verzug zu bestimmen seien. Daher müßten auch die Bestimmungen über den Nachweis des Verschuldens, die §§ 282, 285 BGB., zur entsprechenden Anwendung gelangen. Rosenberg versucht an Hand von Einzelbestimmungen des Gesetzes — insbesondere auch des Handelsgesetzbuchs — nachzuweisen, daß diese Beweislastverteilung, nach welcher der Schuldner bei positiver Forderungsverletzung seine Schuldlosigkeit zu beweisen hat, auch im Gesetz ihren sichtbaren Ausdruck gefunden habe. Hierbei übersieht er jedoch, daß nur die wenigsten der von ihm angezogenen Bestimmungen positive Forderungsverletzungen betreffen. So ist es nach der Ansicht von Rosenberg positive Vertragsverletzung, wenn der Kommissionär und der Lagerhalter das in ihrer Verwahrung befindliche Gut, der Spediteur, der Frachtführer und der Verfrachter das ihnen zur Beförderung übergebene Gut in beschädigtem Zustande ausliefern. Als positive Vertragsverletzung bezeichnet es Rosenberg auch, wenn Personen bei der vertragsmäßigen Beförderung durch die Eisenbahn oder Straßenbahn, mit Schiffen oder Automobilen verletzt werden, wenn der Unternehmer an der ihm zur Arbeit anvertrauten Sache einen Schaden angerichtet hat oder einen Mangel des Werkes verschuldet hat, wenn der Mieter die gemietete Sache mit Veränderungen oder Verschlechterungen herausgibt, wenn der Entleiher die entliehene Sache mit Veränderungen und Verschlechterungen zurückgibt usw.[29]). Daß in allen diesen Fällen in Wirklichkeit nur Fälle der teilweisen Unmöglichkeit einer Haupt- bezw. Nebenverpflichtung in Frage stehen, ist hinreichend dargetan worden und braucht hier nicht wiederholt zu werden[30]). Rosenberg behandelt auch sämtliche positiven Erfüllungsverstöße, gleich ob nur die Leistung selbst in Frage gestellt wird oder ob dem Gläubiger ein anderweiter Schaden zugefügt wird, als Fälle der positiven Forderungsverletzung. Schon die Lieferung einer mangelhaften Sache wird von ihm als positive Vertragsverletzung angesehen[31]). Eine solche Auffassung vom Begriff der positiven Forderungsverletzung ist, wie dargetan, nicht haltbar. Die von Rosenberg angeführten Bestimmungen lassen sich aber insofern zur Stützung der von

29) Vgl. Rosenberg, S. 401, 402.

30) Der hier vertretenen Ansicht ist auch Leonhard, S. 334, 335.

31) Rosenberg, S. 391.

uns vertretenen Theorie heranziehen, als sie erkennen lassen, daß der Grundsatz „der Schuldner muß seine Schuldlosigkeit beweisen" bei Verletzung bestehender schuldrechtlicher Verbindlichkeiten die fast ausnahmslose Geltungsberechtigung für sich in Anspruch nehmen darf. Die Begründung, die Rosenberg für die Beweislast des Schuldners gibt, enthält jedenfalls die überzeugenden Hauptargumente für die auch hier geteilte Auffassung, die den § 282 BGB. entsprechend auf die positive Forderungsverletzung anwendet.

Ein Vertreter der von uns verfochtenen Ansicht ist auch Henle[32]). Zutreffend führt er aus, daß dem Gläubiger der Beweis obliege, daß der Schuldner die Schädigung in Erfüllung der Verbindlichkeit herbeigeführt habe. Demgegenüber greife sodann in Ansehung der Verantwortlichkeit der § 282 BGB. ein. Fehle es an dem inneren Zusammenhang zwischen Erfüllung und Schädigung, so sei das Handeln des Schuldners nur unter dem Gesichtspunkt des Delikts zu betrachten. In diesem Falle brauche der Schuldner nicht die Schuldlosigkeit zu beweisen, sondern ihm müsse die Schuld nachgewiesen werden. Henle erstreckt also auch die Beweislastnorm des § 282 BGB. auf die von ihm als „Schmälerung der Erfüllung" bezeichneten Fälle der positiven Forderungsverletzung[33]).

Zitelmann streift das hier behandelte Hauptproblem nur, indem er zu der bekannten Reichsgerichtsentscheidung im 66. Bande Stellung nimmt. Ob diese zu billigen sei, darüber können nach der Ansicht Zitelmann's wohl Zweifel obwalten[34]). Zitelmann meint, führe man die Analogie zur Nichterfüllung streng durch, so müsse auch in den Fällen der positiven Forderungsverletzung die Beweislast den Schuldner treffen, was ihm auch gerechter zu sein scheine.

Man hat vereinzelt versucht, sämtliche Fälle der positiven Forderungsverletzung auf eine Nichterfüllung von Nebenpflichten, insbesondere von Anzeige-, Obhuts- und Erhaltungspflichten, zurückzuführen. Die Vertreter dieser Ansicht müssen notwendig zu dem Ergebnis gelangen, daß der Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit zu tragen habe; denn für sie handelt

---

32) Henle, S. 490, 491.

33) Henle will den § 282 BGB. auch dann entsprechend auf die positive Forderungsverletzung anwenden, wenn die „Schmälerung" der Erfüllung durch Dritte (§ 278 BGB.) verursacht wird.

es sich ja letzten Endes um Nichterfüllung. Als typischer Vertreter dieser Ansicht ist Planck zu nennen[35]). Der Schaden, der in unserem Beispielsfall durch die giftigen, in dem verkauften Mais befindlichen Rizinussamenkörner entstanden ist, ist für ihn ein „durch Versäumung der rechtzeitigen Anzeige verursachter Verspätungsschaden". Auf Versäumung der rechtzeitigen Anzeige führt er auch den Fall zurück, in welchem dem Käufer (Gast) statt Selterswasser eine ätzende Lauge vorgesetzt wird, an deren Genuß er sich den Hals verbrennt[36]). Es erscheint nun aber doch sehr gewaltsam, in den genannten Fällen stets die Verletzung einer Anzeigepflicht anzunehmen. Wenn z. B. der Verkäufer infolge Fahrlässigkeit nichts von dem Vorhandensein der Rizinussamenkörner gewußt hat, so kann man doch unmöglich die Ansicht vertreten, daß er, sofern durch die giftigen Körner ein Schaden verursacht wird, eine Anzeigepflicht verletzt habe. Nur bei Kenntnis der Sachlage trifft ihn eine Anzeigepflicht, sonst doch nur die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Erfüllung. Die Anzeigepflicht ist im allgemeinen erst die Folge einer den Gläubiger gefährdenden Schlechterfüllung. Der weitere Schaden tritt im allgemeinen auf Grund der Schlechterfüllung und nicht erst auf Grund der Versäumnis der Anzeige ein, obschon er in manchen Fällen durch eine rechtzeitige Anzeige hätte abgewendet werden können. Die Anzeigepflicht ist daher regelmäßig etwas Sekundäres. Sie erwächst dem Schuldner erst dann, wenn bereits — zumeist durch schuldhaftes Verhalten des Schuldners — eine gefahrvolle Lage für den Gläubiger eingetreten ist. Wie ausgeführt kann die Anzeigepflicht sowohl selbständige wie unselbständige Nebenpflicht sein[37]). Ist die Anzeigepflicht auf Grund ihrer Bedeutung für ein bestimmtes Schuldverhältnis durch das Gesetz zu einer selbständigen Nebenverpflichtung erhoben worden, so ist ihre Verletzung regelmäßig Nichterfüllung. Ist die Anzeigepflicht hingegen eine gemäß § 157 BGB. durch Auslegung zu ermittelnde Treuepflicht, so ist ihre Verletzung regelmäßig, sofern durch die Verletzung die Hauptleistungsverpflichtung nicht unmittelbar berührt wird, als positive Forderungsverletzung aufzufassen. Die Erhaltungs-

34) Zitelmann, S. 280, 281.

35) Planck zu § 282, b, α; vgl. auch Rosenberg, S. 401.

36) RG. in Gruch. Beitr.: Bd. 52, S. 1019 f.

37) Vgl. S. 150 der Arbeit.

pflicht, die dem Schuldner oft in Ansehung einer Sache oder eines anderen Rechtsgutes obliegt, kann, wie wir gesehen haben, sowohl Hauptleistungsverpflichtung wie auch selbständige oder unselbständige Nebenpflicht sein. Ihre Verletzung ist also keineswegs immer positive Forderungsverletzung. Es gilt hier dasselbe wie bei der Anzeigepflicht. Es ist überdies auch unschwer ersichtlich, daß in den Fällen der positiven Forderungsverletzung keineswegs immer nur Anzeige- oder Erhaltungspflichten verletzt werden. Wenn z. B. der Glasermeister beim Einsetzen einer Fensterscheibe durch Unvorsichtigkeit mit dem Ellenbogen die benachbarte bis dahin unbeschädigte Scheibe eindrückt, so kann man hier wohl kaum von der Verletzung einer Anzeige- oder Erhaltungspflicht sprechen. Auf die Nichterfüllung von Anzeige- und Erhaltungspflichten allein läßt sich daher die Erscheinung der positiven Forderungsverletzung nicht zurückführen. Besonders auffallend an der Begründung Planck's ist, daß er in allen Fällen mit dem Verzuge operiert. Der Schuldner kommt, wenn er die Anzeige oder die Erhaltung der Sache verabsäumt, mit der Erfüllung der Anzeige- und der Erhaltungspflicht in Verzug. Ist durch die Versäumung rechtzeitiger Leistung später eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt worden, so gründet Planck die Haftung gleichfalls auf Verzug. So bezeichnet er es z. B. als Versäumung der geschuldeten Erhaltung einer Sache, wenn ein Beamter ihm amtlich übergebene Sachen fortkommen läßt, und stützt die Beweislastverteilung in diesem Falle auf § 285 BGB. In Wirklichkeit dürfte es sich hier wohl um Unmöglichkeit der Leistung handeln, während von Verzug grundsätzlich nur dort gesprochen werden kann, wo die Leistung noch möglich ist. — Indem Planck sämtliche Fälle der positiven Forderungsverletzung auf eine Nichterfüllung von Nebenpflichten zurückführt, muß er notwendig in unmittelbarer Anwendung der §§ 282, 285 BGB. dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegen. Wenn man der Begründung, mit welcher Planck diese Beweislastverteilung zu rechtfertigen versucht, auch nicht beipflichten kann, so sind doch seine Ausführungen vor allem deswegen äußerst wertvoll, weil er das Augenmerk auf die so wichtige Frage gelenkt hat, welche Pflichten denn eigentlich bei der positiven Forderungsverletzung verletzt werden. Mit Recht sieht Planck die Hauptursache für die weite Verbreitung der

Ansicht, die dem Gläubiger die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners bei positiver Forderungsverletzung auferlegt, darin, daß man zumeist mit der Denkform der „Vertragsverletzung" operiere, ohne zuvor zu fragen, welche vertragliche Pflicht verletzt sei. Auf diese Weise sei man dazu gekommen, die Parallele zu den Deliktsobligationen zu ziehen und dem Gläubiger (Verletzten) die Beweislast aufzuerlegen. Die Erörterung der von Planck aufgeworfenen Frage, „welche Pflichten werden bei einer positiven Forderungsverletzung überhaupt verletzt" führt zu einer klareren Erkenntnis des Begriffes der positiven Forderungsverletzung. Sie ermöglicht insbesondere eine Abgrenzung der positiven Forderungsverletzung von der Nichterfüllung selbständiger Nebenpflichten und solcher unselbständiger Nebenverpflichtungen, die den Inhalt der Hauptleistungsverpflichtung unmittelbar mitbestimmen. Die Ausführungen Planck's zeigen besonders deutlich, wie schwer sich eine reinliche Trennung zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung im Zitelmann'schen Sinne durchführen läßt. Die großen Vorteile einer einheitlichen Beantwortung unserer Hauptstreitfrage für sämtliche Erfüllungsverstöße, die mit Rücksicht auf die für die Nichterfüllung in den §§ 282, 285 BGB. ausdrücklich festgelegte Beweislastverteilung nur zu Ungunsten des Schuldners ausfallen kann, treten hier besonders stark in die Augen.

Rabel[38]) sieht in den Bestimmungen der §§ 282, 285 BGB. nur Ausflüsse einer allgemeinen Entschuldungslast des Schuldners. Er bezeichnet es als eine „seit jeher feststehende und natürliche Auffassung, daß wer gebunden sei, gelöst werden müsse, damit er frei ist". Das Weiterbestehen einer schuldrechtlichen Bindung und damit zugleich ein Verschulden werde vermutet, wenn nicht oder nicht ordnungsmäßig erfüllt worden sei. Nicht ordnungsmäßig erfüllt sei aber auch im Falle der positiven Forderungsverletzung. Nach Ansicht Rabel's muß daher der Schuldner, um sich von der Bindung und den sich aus der Verletzung der Bindung ergebenden Rechtsfolgen zu befreien, seine Schuldlosigkeit nachweisen. Mit überzeugender Begründung lehnt Rabel auch die unterschiedliche Beweislastverletzung, je nachdem der Schaden aus positiver Forderungsverletzung

38) Rabel in JW. 1923, S. 286, Nr. 3.

durch eine gerade zwecks Erfüllung vorgenommene Handlung verursacht oder durch die Beschaffenheit der vertraglichen Leistung selbst herbeigeführt worden ist, ab und legt einheitlich in allen Fällen der positiven Forderungsverletzung dem Schuldner die Beweislast für seine Nichtschuld auf [39]).

Für eine entsprechende Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Vertragsverletzung tritt auch Baur [40]) ein. Er erblickt den Grund für die Beweislastregel des § 282 BGB. darin, daß der Kläger sich häufig hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten in einem Beweisnotstande befinde. Dies treffe aber auch bei der positiven Vertragsverletzung zu. Hinzukomme, daß die sog. positive Vertragsverletzung mit den übrigen Fällen der Unmöglichkeit keine Wesensverschiedenheit aufweise sondern eine Wesenseinheit bilde. Die Bestimmung des § 282 BGB. ist nach der von uns vertretenen Auffassung nicht allein aus einer Beweisnotstandslage heraus zu erklären. Ein Beweisnotstand in Ansehung des Verschuldensnachweises wird beispielsweise bei den deliktischen Verstößen ebenso häufig eintreten wie bei den Erfüllungsverstößen, da der Gläubiger ja bei der Erfüllung mitunter selbst mitwirkt. Wie dargetan ist die im § 282 BGB. festgelegte Beweislastverteilung nichts anderes als der Reflex gegen die objektiv rechtswidrige Verletzung einer bestehenden Bindung. Daß die positive Forderungsverletzung im übrigen ganz erhebliche Wesensverschiedenheiten zu der Unmöglichkeit der Leistung aufweist, ist hinreichend dargelegt worden. Wesentlich für die entsprechende Anwendung des § 282 BGB. auf die positive Forderungsverletzung ist vielmehr, daß es sich auch bei der positiven Forderungsverletzung um eine Verletzung bestehender Schuldverpflichtungen, um einen Erfüllungsverstoß handelt, der rechtssystematisch gemeinschaftlich mit der Unmöglichkeit der Leistung und dem Verzuge in den Begriff der Forderungsverletzung „im weiteren Sinne" eingereiht werden kann.

Lux [41]) folgert aus der ausdrücklichen Beweislastregelung bei Unmöglichkeit und Verzug, daß die gleiche Beweislastverteilung auch für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung angenommen werden müsse, da der Anspruch aus positiver

39) Vgl. S. 209 der Arbeit.

40) Baur, S. 86.

41) Lux, Schulung für die juristische Praxis (3. Aufl.), S. 388, 389.

Vertragsverletzung ein vertragsmäßiger und kein deliktischer Schadensersatzanspruch sei.

Von Tuhr[42]) befürwortet gleichfalls die entsprechende Anwendung des § 282 BGB. auf die Nebenverpflichtungen und insbesondere auf die positiven Forderungsverletzungen[43]). Ebenso wie der Schuldner aus Vertrag oder einem ähnlichen Schuldverhältnis bei Unmöglichkeit und Verzug nach §§ 282, 285 BGB. zu beweisen habe, daß er den Umstand, durch welchen die Unmöglichkeit oder Verzögerung eingetreten sei, nicht zu vertreten habe, müsse er auch die Beweislast dafür haben, daß eine sonstige Verletzung seiner Pflichten nicht auf seinem Verschulden beruhe.

Baumbach[44]) tritt gleichermaßen dafür ein, bei bestehenden Schuldverhältnissen dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit aufzubürden. Er erklärt den Schuldner sowohl für den Verzugswegfall, für die unvertretbare Unmöglichkeit wie insbesondere für die Schuldlosigkeit bei positiver Vertragsverletzung als beweisbelastet.

Ohne nähere Begründung vertritt auch Smid[45]) die Ansicht, daß bei positiver Forderungsverletzung der Schuldner für seine Nichtschuld beweispflichtig sei.

Haymann[46]) darf gleichfalls zu den Vertretern der Ansicht gezählt werden, welche dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegt. Er bespricht u. a. den Fall, in welchem der Gastwirt dem Gast statt eines Nahrungsmittels einen giftigen Stoff verabreicht, wodurch der Gast schweren Schaden an seiner Gesundheit erleidet. Nach seiner Ansicht obliegt dem Gastwirt hier der Beweis seiner Schuldlosigkeit. Daß es sich im übrigen in allen diesen Fällen, in welchen durch verdorbene Speisen usw. dem Gast an seiner Gesundheit ein Schaden zugefügt wird, um positive Forderungsverletzungen handelt, kann nicht zweifelhaft sein. Der eintretende Schaden geht über das Erfüllungsinteresse hinaus. Die Verpflichtung, den Gast nicht durch die Beschaffenheit der Speisen und Getränke bezw. durch die Art der Erfüllungsvornahme (Bedienung) an

42) von Tuhr, Allg. Teil, II. Bd., 2. Hälfte, S. 461, Anm. 41.
43) von Tuhr, a. a. O.
44) Baumbach zu § 282 ZPO., C, 4.
45) Smid, S. 30; vgl. auch Loewenwarter, Bd. II, S. 97.
46) Haymann, S. 37.

seiner Gesundheit zu schädigen, ist eine sich aus dem Gastwirtschaftsvertrag ergebende allgemeine Treuepflicht. Die Erhaltung der Gesundheit wird hier nicht etwa wie bei dem Beförderungsvertrag als Hauptleistung geschuldet, bei welchem sich die unbeschädigte Beförderung eben als der geschuldete Erfolg darstellt. Beim Gastwirtschaftsvertrag ist Inhalt der Hauptleistungspflicht allein die Lieferung genießbarer Speisen. — Die Begründung, die Haymann für die von ihm vertretene Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners gibt, kann nicht überzeugen. Es stellt das Angebot einer nicht vertragsmäßigen oder gesetzmäßigen Leistung, durch welche später ein weiterer Schaden verursacht wird, als Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht hin, und es hat den Anschein, als wollte er sämtliche Fälle der positiven Forderungsverletzung als Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten auffassen. Im § 3 dieser Arbeit ist dargelegt worden, daß sich bei einer solchen Betrachtung auch jede Nichterfüllung als Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht auffassen ließe und daß die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was die Erfüllung vereiteln oder den Gläubiger anderweit schädigen könnte, gar keine echte selbständige Unterlassungspflicht ist[47]). Eine Zurückführung der positiven Forderungsverletzung auf Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten, auf welche dann evtl. der § 282 BGB. unmittelbar angewendet werden könnte, ist schlechthin ausgeschlossen und die Begründung Haymann's daher abzulehnen. Das Reichsgericht hat übrigens die Anwendbarkeit des § 282 BGB. auf die Nichterfüllung von Unterlassungspflichten ganz allgemein mit der recht formalistischen Begründung verneint, daß die Erfüllung von Unterlassungspflichten nicht unter § 325 BGB. falle[48]).

Bendix[49]) behandelt in einer Arbeit über Fragen aus dem Dienstzeugnisrecht u. a. auch die Frage, wer bei einer Klage auf Schadensersatz wegen Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit des Dienstzeugnisses das Verschulden bezw. die Nichtschuld zu beweisen habe. Er beantwortet diese Frage zutreffend dahin, daß der Dienstberechtigte nachweisen müsse, daß ihn kein Verschulden treffe. Bendix erachtet einen

47) Vgl. S. 49 ff. der Arbeit.

48) RG.: 54, 101; vgl. auch S. 49.

49) Bendix in Kohlers Archiv: Bd. 28, S. 112 ff.

Verzug des Dienstberechtigten mit der Erfüllung einer Nebenverpflichtung als vorliegend[50]). Die Verpflichtung zur Ausstellung eines ordnungsmäßigen Zeugnisses ist in der Tat eine selbständige Nebenpflicht des Dienstberechtigten, deren Verletzung daher regelmäßig Nichterfüllung und nicht positive Forderungsverletzung ist. Der durch die nicht ordnungsmäßige Erfüllung dieser Nebenverpflichtung verursachte Schaden wird durch das Interesse des Dienstverpflichteten an der Erteilung eines ordnungsmäßigen Zeugnisses gedeckt. Bendix, der die Schadenszufügung durch Erteilung eines mangelhaften Zeugnisses selbst als einen Fall der Nichterfüllung behandelt, kann daher nicht ohne weiteres zu den Vertretern derjenigen Ansicht gerechnet werden, die bei positiver Forderungsverletzung dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt.

In einer „die Beweislast für Verschulden bei obligatorischen Verträgen" betitelten Abhandlung stellt Wohlfahrt[51]) als geltendes Recht den allgemeinen Satz auf „Bei allen Schadensersatzansprüchen aus Schuldverträgen hat der Schuldner zu behaupten und zu beweisen, daß er die den Schaden begründenden Umstände nicht zu vertreten hat." Wohlfahrt untersucht vornehmlich die Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens bei den Schadensersatzansprüchen aus §§ 618, 635 BGB., wobei er zu den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 138, S. 37 (zu § 618 BGB.) und Bd. 86, S. 322 (Beförderungsvertrag) Stellung nimmt. Nach der Ansicht Wohlfahrt's sind die Haftungsnormen der §§ 618, 635 BGB. nur Ausstrahlungen der Verzugslehre, auf welche daher insbesondere auch der § 285 BGB. entsprechend anzuwenden ist. Mit Recht bezeichnet Wohlfahrt die Rechtsprechung des Reichsgerichts als inkonsequent, die auf die positiven Forderungsverletzungen zwar den § 326 BGB. entsprechend anwende, nicht hingegen die Bestimmung des § 285 BGB. Ob Wohlfahrt im übrigen die Haftungsfälle der §§ 618, 635 BGB. als solche der positiven Forderungsverletzung aufgefaßt wissen will, geht aus seinen Ausführungen nicht klar hervor. Doch lassen seine Ausführungen keinen Zweifel darüber, daß er auch bei positiver

50) Bendix, a. a. O., S. 115.

51) Wohlfahrt in Gruch. Beitr., Bd. 73, S. 541 ff.

Vertragsverletzung dem Schuldner die Beweislast für seine Verschuldensfreiheit auferlegen will. Den Grund für die unterschiedliche Beweislastverteilung bei Vertrags- und Deliktshaftung hinsichtlich des Verschuldens erblickt Wohlfahrt zutreffend darin, daß der durch besonderen Schuldvertrag Verpflichtete strenger haften solle als der vertraglich nicht Gebundene. Wohlfahrt zieht aus der von ihm aufgestellten Behauptung, daß die Haftungsnormen des besonderen Teils der Schuldverhältnisse nur Ausflüsse der allgemeinen Haftungsbestimmungen seien, den Schluß, daß eine so allgemeine und von der Eigenart des einzelnen Schuldverhältnisses so unabhängige Regelung wie die der Beweislast durch die Besonderheit irgendwelcher konkreter Vertragsarten und Einzelvorschriften nicht berührt werden könne, und daß mithin auch die allgemeinen Bewesilastregeln der §§ 282, 285 BGB. auf die speziellen Haftungstatbestände des besonderen Schuldrechts unmittelbar oder doch entsprechend anzuwenden seien und überhaupt in allen Fällen der Haftung für Verletzung bestehender Verpflichtungen, sei es auch nur unselbständiger Unterlassungspflichten, insbesondere also auch für die positive Forderungsverletzung, zu gelten hätten. — Den beachtlichen Ausführungen Wohlfahrt's[52]) ist im Ergebnis voll zuzustimmen, wenn auch die weitgehende Zurückführung gewisser besonderer Haftungstatbestände auf einen — auch ohne Mahnung eintretenden — Verzug von Haupt- oder Nebenpflichten nicht stets als richtig anerkannt werden kann.

Zwischen den beiden vorstehend erörterten Ansichten, die bei positiver Forderungsverletzung entweder die Beweislast für das Verschulden einheitlich dem Gläubiger auferlegt oder einheitlich den Schuldner für die behauptete Nichtschuld als beweispflichtig erklärt, steht, wie bereits im § 2 angedeutet, eine dritte Ansicht, welche die positiven Forderungsverletzungen klassifiziert und die Beweislast verschieden „verteilt", je nachdem der Schaden:

1) a: durch die Beschaffenheit der Vertragsleistung bezw.
   b: durch eine gerade zwecks Erfüllung vorgenommene Handlung,

52) Der durch die Ausführungen von Planck beeinflußt zu sein scheint, vgl. S. 232.

oder 2) durch eine bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses vorgenommene Handlung

verursacht worden ist und in den Fällen 1) dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit und in den Fällen zu 2) dem Gläubiger den Nachweis des Verschuldens des Schuldners auferlegt [53]). In Wirklichkeit kommt übrigens, wenn man die Differenzierung der positiven Forderungsverletzung in dieser Weise vornimmt, die unterschiedliche Beweislastverteilung der hier vertretenen Auffassung gleich; denn eine bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses oder nur bei Gelegenheit der Erfüllung erfolgende Schadenszufügung ist gar nicht positive Forderungsverletzung, da hier der innere Zusammenhang zwischen Erfüllungshandlung und schädigender Handlung fehlt, die immer zum Zwecke der Erfüllung vorgenommen worden sein muß. Die bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses erfolgende Schadenszufügung ist unerlaubte Handlung, so daß hier allerdings der Gläubiger das Verschulden des Schuldners zu beweisen hat. — Die Differenzierung der positiven Forderungsverletzungen wird nun aber zum Teil in der Rechtsprechung noch nach wesentlich anderen Gesichtspunkten vorgenommen [54]). Ein Spiegelbild der Uneinheitlichkeit und zahlreicher Widersprüche in der Rechtsprechung gibt der Kommentar von Lindemann-Soergel [55]). An die Spitze der Ausführungen zu unserer Hauptstreitfrage wird der Satz gestellt: „die Frage der Beweislast läßt sich nicht einheitlich sondern nur von Fall zu Fall entscheiden." Als Grundsatz wird dann jedoch anschließend die Beweispflicht des Gläubigers für das Verschulden des Schuldners hingestellt. Es werden sodann Entscheidungen angeführt, nach welchen der Schuldner sich bei Vertragswidrigkeit der Leistung entlasten muß, und weiter Entscheidungen, in welchen diese Entlastungspflicht wieder eingeschränkt und ausgeführt wird, daß der Schuldner sich „nicht unter allen Umständen" exkulpieren müsse, sondern nur dann, wenn der Schaden gerade durch die Erfüllungshandlung verursacht worden sei. Zwischen der ursprünglichen Beweislast und der Gegenbeweis„pflicht" auf Grund des Prima-facie-Beweises wird hierbei oft nicht

53) Warn. Kom. zu § 276, IX; Lindemann-Soergel zu § 276, Anm. 4.

54) Hierüber wird im folgenden Abschnitt noch zu sprechen sein.

55) Lindemann-Soergel zu § 276, Anm. 4, der ohne eigene Stellungnahme die Rechtsprechung der oberen Gerichte wiedergibt.

deutlich genug unterschieden, so daß die Erörterung der Hauptstreitfrage mit der weitgehenden Kasuistik nicht gerade geeignet ist, dem Richter im Einzelfall die Entscheidung der Streitfrage zu erleichtern. Aus einer Betrachtung der bei den einzelnen Erfüllungsverstößen verletzten Interessen versucht Stoll[56]) als typischer Vertreter der Interessenjurisprudenz die Beweislastfrage hinsichtlich des Verschuldens zu lösen. Er unterscheidet zwischen dem Leistungsinteresse, auf dessen Befriedigung die Obligation gerichtet ist, und dem Schutzinteresse, das von dem Schuldner zu beachten ist und ihn verpflichtet, den Gläubiger während Bestehens des Schuldverhältnisses bei der Vorbereitung und Ausführung der Erfüllung nicht anderweit zu schädigen. Stoll gewinnt nun aus der Interessenbetrachtung folgende nach seiner Ansicht sehr einfache Regel: „Soweit es sich um das Leistungsinteresse handelt, genügt es, daß der Gläubiger die Verletzung nachweist; dem Schuldner liegt die Beweislast für seine Schuldlosigkeit ob. Wenn hingegen bloß das Schutzinteresse des Gläubigers verletzt ist, das dem Schuldner kein besonderes Opfer im Dienste der Güterbewegung auferlegt, muß der Gläubiger auch das Verschulden des Schuldners nachweisen". Wenden wir diese Regel einmal auf die positive Forderungsverletzung an, so würde dies bedeuten, daß in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b der Gläubiger die Beweislast für das Verschulden des Schuldners und in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a der Schuldner für seine Nichtschuld zu tragen hätte: denn in den Fällen der Gruppe I a ist jedenfalls das Leistungsinteresse verletzt. Ob daneben auch das Schutzinteresse verletzt ist, ist eine andere Frage, die jedoch auch vom Standpunkte Stoll's wohl zu bejahen sein dürfte, sofern man unter dem Leistungsinteresse dasselbe versteht wie unter dem Erfüllungsinteresse. Stoll räumt selbst ein, daß im Einzelfall sehr wohl auch beide Interessen — Leistungsinteresse und Schutzinteresse — verletzt sein könnten und daß es in vielen Fällen nicht leicht sei, zu ermitteln, ob es sich um eine Verletzung des Schutzinteresses oder des Leistungsinteresses handele[57]). Sind beide Interessen verletzt, so will Stoll offenbar, auch soweit ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden

56) Stoll in Arch. ziv. Prax., Bd. 136, S. 257 ff., insbes. S. 312, 313.
57) Stoll, a. a. O., S. 313.

geltendgemacht wird, dem Schuldner die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen; denn nur, wenn allein das Schutzinteresse verletzt wird, will Stoll dem Gläubiger die Beweislast aufbürden. Im § 5 der Arbeit ist darauf hingewiesen worden, daß auch Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b mit Fällen der Nichterfüllung konkurrieren können, dergestalt also, daß durch ein und dieselbe Handlung sowohl das Schutzinteresse wie das Leistungsinteresse verletzt wird. Will Stoll auch in diesen Fällen dem Schuldner den Beweis seiner Nichtschuld auferlegen? Eine Aufspaltung des dem Gläubiger aus einem Schuldverhältnis erwachsenden Interesses in ein Leistungsinteresse, und ein Schutzinteresse ist abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn festzustellen ist, ob das Leistungsinteresse oder Schutzinteresse verletzt ist, und abgesehen von den Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Beweislastfrage in den Fällen, in welchen beide Interessen verletzt werden, überhaupt unmöglich. Das Leistungsinteresse im weitesten Sinne, d. h. das Interesse an einer in jeder Beziehung fehlerlosen Erfüllung umfaßt auch das Schutzinteresse Stoll's. Es handelt sich wirtschaftlich nicht um mehrere verschiedene Interessen, sondern um ein einheitliches Interesse an einer ordnungsmäßigen Erfüllung. Ist dieses Interesse verletzt, — sei es auch nur durch einen Verstoß gegen konkrete Treuepflichten, der nicht zu einer Verletzung des Leistungsgegenstandes selbst geführt hat, — so hat der Schuldner sich zu exkulpieren. Bei der Aufspaltung der Gläubigerinteressen berücksichtigt Stoll demnach zu wenig, daß die Schutzinteressen ja bei einem Erfüllungsvorgang verletzt werden und daß ihre Beachtung mit zu einer ordnungsmäßigen Erfüllung gehört. Die Beachtung der Schutzinteressen im Sinne Stoll's kann dem Schuldner übrigens sehr wohl auch besondere Opfer auferlegen, wenn es gilt, aufgetretene Gefahren von dem Gläubiger abzuhalten. Der Interessenbetrachtung kann daher eine Lösung der Hauptstreitfrage nicht entnommen werden, zumal man auch nicht etwa sagen kann, daß das Leistungsinteresse gegenüber dem Schutzinteresse stets überwiege. Die unterschiedliche Beweislastverteilung nach der Art der verletzten Interessen macht eine klare Beantwortung der Beweislastfrage unmöglich und ist somit nicht geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit zu verbürgen.

II. Die Stellungnahme der Rechtsprechung.

In der Rechtsprechung lassen sich ähnlich wie in der Wissenschaft in der Hauptsache drei verschiedene Ansichten zu unserer Hauptstreitfrage unterscheiden. Die erste legt dem Gläubiger den Nachweis des Verschuldens des Schuldners auf, die zweite umgekehrt dem Schuldner den Nachweis seiner Schuldlosigkeit und die dritte Ansicht differenziert mehr oder weniger scharf die Fälle der positiven Forderungsverletzung und erklärt in bestimmten Fällen den Gläubiger und in anderen den Schuldner für beweispflichtig.

Die frühere gemeinrechtliche und preußische Rechtsprechung vertrat einheitlich den Standpunkt, daß derjenige, der wegen Vertragsverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommen werde, sich entlasten müsse [58]). Es war die allgemeine Regel, daß der aus einem Vertrage Verpflichtete entweder die Erfüllung seiner Vertragspflicht darzutun oder doch nachzuweisen hatte, daß und weshalb er ohne seine Schuld zur Erfüllung nicht imstande war [59]). Ohne Nachweis einer Verschuldung ließ man also den Schuldner haften, sofern dieser nicht seine Schuldlosigkeit einwendete und im Bestreitungsfalle nachwies. Eigenartigerweise ist diese Rechtsprechung mit dem Inkrafttreten des BGB., das an die Stelle einer allgemeinen Haftungsnorm für schuldhafte Verstöße bei Erfüllung einer Verbindlichkeit eine kasuistische Regelung einzelner Typen von Erfüllungsverstößen gesetzt hat, die dazu noch unvollkommen war, plötzlich unterbrochen worden. In den Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich von Inkrafttreten des BGB. an mehrfach der ohne nähere Begründung aufgestellte Satz, daß das BGB. keine allgemeine Vermutung für das Verschulden des Vertragsschuldners kenne und daß das Verschulden des Beklagten mit zum Klagegrund des vom BGB. völlig selbständig konstruierten Schadensersatzanspruches gehöre [60]). Es wird allerdings vom RG. sofort die Einschränkung gemacht, daß in den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzuges ausnahmsweise

58) RG.: 10, 167; 11, 134; 21, 205; 22, 172; nähere Zitate in LZ.: 1916, S. 298; vgl. auch Ober. Trib., Bd. 74, S. 153; ROHG.: 7, 14 und 15; 15, 293; Bolze, Bd. 1, Nr. 477; siehe ferner §§ 271, I, 5; 36, I, 14; 109 ALR.

59) So auch RG.: 25, 115, 116.

60) Vgl. LZ. 1916, S. 298; Förtsch im Recht 1908, S. 684.

eine Verschuldensvermutung bestehe. Wie aufgezeigt sind nun aber Unmöglichkeit und Verzug doch die einzigen vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelten Fälle der Haftung für schuldhafte Erfüllungsverstöße. Es hieße die Dinge wirklich auf den Kopf stellen, wollte man diese Hauptfälle der Haftung für Erfüllungsverstöße und die dort festgelegte Beweislastregelung als Ausnahme hinstellen. Aus dem Gesetz läßt sich diese Ausnahmenatur nicht beweisen, und es ist daher mehr als gewagt, zu behaupten, das BGB. kenne keine allgemeine Verschuldensvermutung für Erfüllungsverstöße, abgesehen von den „Ausnahmefällen" der Unmöglichkeit und des Verzuges. Hinsichtlich des Einwandes, das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung gehöre deswegen mit zum Klagegrunde, weil der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung vom BGB. völlig selbständig konstruiert worden sei, kann auf die eingehenden Ausführungen im § 5 der Arbeit verwiesen werden [61]).

Von den Entscheidungen, die mit dem abzulehnenden Satz begründet werden, daß nach dem BGB. das vorsätzliche oder fahrlässige Handeln einen besonderen und selbständigen Grund des Schadensersatzanspruches aus positiver Forderungsverletzung bilde, seien u. a. die folgenden genannt:

RG.: 66, 291 = JW. 1907, S. 541 = DJZ.: 1907, S. 1025 = LZ. 1907, S. 652 Nr. 6 = Recht 1907, S. 1065 Nr. 2537.

Diese Entscheidung betrifft den bekannten Fall mit den in dem verkauften Mais befindlichen Rizinussamenkörnern. Das Reichsgericht sieht hier den § 276 BGB. als unmittelbare Haftungsgrundlage an und bemerkt, daß nach der rechtlichen Konstruktion des § 276 BGB. das vorsätzliche oder fahrlässige Handeln einen besonderen und selbständigen Grund des Schadensersatzanspruches darstelle, den derjenige, der die Schadensersatzklage erhebe, auch zu beweisen habe. Ohne nähere Begründung wird die Behauptung aufgestellt, daß die ältere Rechtsprechung, nach welcher schon an sich die vertragswidrige und mangelhafte Erfüllung der Regel nach als eine verschuldete anzusehen war [62]), und der Verkäufer daher zu seiner Entlastung nachzuweisen hatte, daß ihn kein Verschulden treffe,

61) Der Verzugsanspruch aus § 286 Abs. I BGB. ist genau so selbständig konstruiert wie der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung.

62) Also Annahme einer allgemeinen Schuldvermutung.

nach dem BGB. nicht mehr als zutreffend erachtet werden könne. Die Beweislast müsse daher den Schadensersatz begehrenden Käufer treffen[63]). Daß in vielen Fällen das Verschulden schon in der bei der Lieferung selbst nicht beobachteten Sorgfalt tatsächlich gefunden werden könne, vermöge an der sich nach BGB. ergebenden rechtlichen Sachlage bezgl. der Frage der Beweislast nichts zu ändern.

RG. in JW. 1920, S. 831[1] = LZ. 1920, S. 858 = Gruch. Beitr. Bd. 65 S. 70 = Recht 1921 Nr. 1309:

Der Entscheidung liegt folgender Fall zugrunde: „einem Gärtner wird statt der gekauften jungen Rotkohlpflanzen ein wildes Gewächs geliefert, das nur als Viehfutter zu verwenden ist." Es kann auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt ein Fall der positiven Forderungsverletzung in Frage steht; denn die Lieferung eines aliud ist für sich nur Nichterfüllung oder jedenfalls eine der Nichterfüllung gleichkommende Schlechterfüllung. Der sich erst beim Größerwerden der Pflanzen voll auswachsende Schaden geht jedoch über das Erfüllungsinteresse hinaus. Der Schaden kann ja insbesondere auch darin bestehen, daß der Gärtner das zur Anpflanzung benutzte Land nicht anderweitig nutzen konnte. Es liegt also doch wohl eine positive Forderungsverletzung vor[64]). In der obengenannten Entscheidung wird die Bestimmung des § 282 BGB. als eine von den allgemeinen Beweislastgrundsätzen abweichende Ausnahmebestimmung bezeichnet, die sich daraus erkläre, daß es nicht gerechtfertigt sein würde, wenn schon der bloße Eintritt der Unmöglichkeit zu erfüllen, einen genügenden Grund für die Befreiung des Schuldners von seiner Schuldverbindlichkeit darstellen würde. Für Fälle anderer Art ist nach der Ansicht des Reichsgerichts dem Gläubiger die Beweislast

63) Gleicher Ansicht Schneider im Recht 1903, S. 522, **523**; vgl. auch Salinger in LZ. 1916, S. 295, **298.**

64) Bei der Lieferung eines aliud ist auch die Bestimmung des § 378 HGB. zu beachten. Falls der Käufer nicht sofort anzeigt, daß ein aliud geliefert ist, kann er weder die Ansprüche aus der Mängelhaftung noch die weitergehenden Ansprüche wegen Verschuldens, insbesondere aus positiver Forderungsverletzung, geltendmachen, sofern diese durch die Beschaffenheit der gelieferten Ware verursacht worden ist. Die Genehmigung des Käufers wird fingiert. Bei erheblicher Abweichung keine Anzeigepflicht (§ 378 HGB.); vgl. auch RG. in JW.: 1936, S. 2391, Nr. 7.

für das Verschulden des Schuldners aufzuerlegen[65]). Daß das Gesetz auch bei dem eine besondere Haftung des Schuldners begründenden Verzug die Beweislast dem Schuldner auferlegt, wird bei dieser Argumentation vollkommen übersehen. Die Abweichung von den „allgemeinen Beweislastgrundsätzen" gilt eben für sämtliche Fälle der Verletzung bestehender Schuldverpflichtungen, da der Haftung wegen Unmöglichkeit, Verzug und positiver Forderungsverletzung die gleiche allgemeine Verschuldensvermutung zugrundeliegt. Der bloße äußere Tatbestand des Verzuges und der positiven Forderungsverletzung vermögen für sich allein ebensowenig wie die Unmöglichkeit oder das bloße Unvermögen eine Befreiung von der schuldrechtlichen Bindung und der sich aus ihrer Verletzung ohne weiteres ergebenden Haftung zu begründen. Der Umstand, daß der bloße Eintritt der Unmöglichkeit noch keine Befreiung des Schuldners bewirkt, kann auch nicht hinreichend erklären, weshalb der Gläubiger statt des Erfüllungsanspruches sofort den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltendmachen kann, ohne ein Verschulden des Schuldners nachweisen zu müssen.

Das Reichsgericht hat wiederholt in Fällen, in welchen der Gast durch den Genuß ihm vorgesetzter Getränke und Speisen an seiner Gesundheit einen Schaden erleidet, dem Gast (Gläubiger) die Beweislast für ein Verschulden des Gastwirts (Schuldners) auferlegt, und zwar u. a. in folgenden Entscheidungen: RG. JW. 1912 S. 682[5] = Recht 1912 Nr. 1593 = Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 910 f.:

Dem Gast wurde hier statt des bestellten Selterswassers eine ätzende Flüssigkeit vorgesetzt. Die Entscheidung sieht prima facie den Beweis eines Verschuldens des Gastwirts als geführt an, da die Schädigung des Gastes nicht anders als durch mangelhafte Aufsicht oder geschäftliche Unordnung erklärt werden könnne. Die Entscheidung im Recht 1924 Nr. 26 betrifft den Fall einer Erblindung des Gläubigers (Käufers) durch den Genuß methylalkoholischen Branntweins. Die Entscheidung läßt nicht eindeutig erkennen, welche Beweislastverteilung vertreten wird, soweit die Schadensersatzklage auf das zwischen

65) Vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall in RG. Warn. Rspr. 1913, Nr. 279, in welchem es sich allerdings wohl nur um die Lieferung eines aliud handeln dürfte und nicht um positive Vertragsverletzung.

den Parteien bestehende Vertragsverhältnis (Kauf) gestützt wird. In der Entscheidung heißt es u. a., daß dem Kläger, soweit er das Verschulden nachzuweisen habe, die Regeln über den sog. Prima-facie-Beweis zustatten kommen, sodaß er sich, sofern der äußere Tatbestand der Schadenszufügung durch eine an sich unerlaubte Handlung erwiesen sei, dahin zu entlasten habe, daß er gleichwohl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht außer acht gelassen habe. RG. Warn. Rspr. 1929, (21 Jhgg.) Nr. 159, S. 295.

„Der Gast verschluckt eine im Essen befindliche Sicherheitsnadel“ [66]). In der Entscheidung wird ausgeführt: da sich die Sicherheitsnadel nach dem festgestellten Sachverhalt in dem Blaukraut befunden habe, handele es sich um einen solchen Sachverhalt, der nach der allgemeinen Anschauung und Erfahrung im Verkehrsleben für die Regel nur daraus zu erklären sei, daß es in der Gastwirtschaft an der nötigen Ordnung und Aufsicht gefehlt haben müsse. Das Reichsgericht erachtet daher den Nachweis eines Verschuldens auf Grund des ersten Anscheins als erbracht.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden in Seuff. Arch. Bd. 68, Nr. 10, S. 16 ff. behandelt den Fall, daß sich jemand an dem Genuß verdorbenen kalten Aufschnitts einen Paratyphus zuzieht. Dem Gläubiger wird auch hier die Beweislast für das Verschulden des Schuldners auferlegt, und zwar u. a. mit der Begründung, daß die Paratyphuskeime für den Schuldner nicht erkennbar gewesen seien. In mehreren Entscheidungen, welche die Verletzung eines Gastaufnahmevertrages durch den Gastwirt betreffen, hat das Reichsgericht in wenig klarer Form zu der Hauptstreitfrage Stellung genommen. So führt das Reichsgericht z. B. in einer in Warn. Rspr. 1934, Nr. 171 (= HRR. 1935 S. 332) abgedruckten Entscheidung aus, die Beweislast für das Vorliegen einer schuldhaften Vertragsverletzung treffe nicht schlechthin und immer den Verletzten. Nicht bloß beim Beförderungsvertrage und beim Dienstvertrage könne dem Unternehmer die Beweispflicht dafür obliegen, daß eine im Rahmen der Vertragserfüllung geschehene Verletzung des Gastes ohne Verschulden des Unternehmers eingetreten sei und von diesem trotz sorgfältiger Erfüllung seiner

66) Fall der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b.

Vertragspflichten nicht habe abgewendet werden können. Diese Beweispflicht zu Lasten des Gastwirts sei insbesondere dann anzunehmen, wenn sich aus der Sachlage, insbesondere aus der Tatsache der Verletzung des Gastes durch die Beschaffenheit der Räume und Gegenstände zunächst der Schluß rechtfertige, der Gastwirt habe die ihm aus dem Gastaufnahmevertrage obliegende Sorgfaltspflicht verletzt. Welch sonderbare Auffassung des Begriffes der Beweislast tritt uns in dieser Entscheidung entgegen. Wo ist hier noch etwas von der abstrakten Natur der Beweislast zu erkennen? Die konkrete Sachlage wird als ein Moment hingestellt, das die Beweislast von Fall zu Fall zu verändern geeignet sei. Die Ansicht, die für gewisse Vertragstypen zu der Hauptstreitfrage eine besondere Beweislastverteilung annimmt, mag sich fraglos noch vertreten lassen. Unmöglich ist es jedoch, die Frage nach der Beweislast in Ansehung des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung bei einem Vertragstypus je nach der Sachlage verschieden beantworten zu wollen. Das kommt einer wirklichen Verteilung der Beweislast durch den Richter gleich. Die zitierte Entscheidung scheint in Wirklichkeit nur zum Ausdruck bringen zu wollen, daß in vielen Fällen prima facie ein Verschulden des Gastwirts als erwiesen anzusehen sei. Hiermit ist aber wieder nicht in Einklang zu bringen, daß das Reichsgericht auf seine Rechtsprechung zu der Frage des Verschuldensbeweises bei dem Beförderungsvertrag und beim Dienstvertrag (zu § 618 BGB.) verweist und ausdrücklich bemerkt, daß die Beweislast nicht immer dem Verletzten obliege. Da in der Entscheidung betont wird, daß die Beweispflicht dem Gastwirt nur zunächst obliege, so wird man die Entscheidung jedenfalls nicht ohne weiteres den Entscheidungen einreihen können, die dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegen [67]).

Es kann auch zweifelhaft erscheinen, ob das Reichsgericht unter dem Begriff „Beweispflicht" immer das gleiche versteht wie unter der „Beweislast". So dürfte in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 148, S. 148 (abgedruckt in JW. 1935 S. 2885 [7]) unter der Beweispflicht des Schuldners nur die dem Schuldner auf Grund des Beweises vom ersten Anschein obliegende Gegenbeweispflicht für seine Schuldlosigkeit

67) Vgl. auch RG. JW. 1935, S. 115[5] = Warn. Rspr. Nr. 4.

zu verstehen sein. Der vorerwähnten Entscheidung liegt folgender Fall einer positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b zugrunde: „Eine Dame läßt sich bei einem Friseur Wasserwellen legen. Der Friseur benutzt hierbei eine Anzahl von Zellhornkämmen und trocknet die Haare durch eine elektrische Haartrockenanlage. Die Zellhornkämmer fangen Feuer und die Haare der Kundin brennen bis auf die Haarwurzeln ab." Auch in dieser Entscheidung des Reichsgerichts findet sich der Satz, daß nicht nur beim Beförderungsvertrage und Gastaufnahmevertrage, sondern bei jedem Werk- oder Dienstvertrag oder einem diesen ähnlichen Vertrage den Unternehmer (oder Dienstverpflichteten) die Beweispflicht für seine Nichtschuld treffe, wenn sich aus der Sachlage zunächst der Schluß rechtfertige, der Unternehmer (Dienstverpflichtete) habe die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt. Eine Beweispflicht des Friseurs anzunehmen, liege umso näher, als die Sorgfaltspflicht gerade bei der Erfüllung der vertraglich versprochenen Leistung verletzt worden sein solle, und, wenn überhaupt, so nur bei dieser verletzt worden sein könne, wobei es dahingestellt bleiben könne, welche Bedeutung der Vorschrift des § 282 BGB. für den zur Entscheidung stehenden Fall einer positiven Vertragsverletzung bei Erfüllung des Vertrages beizumessen sei. Eine solche Verteilung der Pflicht zur Beweisführung widerspreche nicht der Ausgestaltung, die der Beweis des ersten Anscheins durch die Rechtsprechung erfahren habe. Dies schließe keineswegs aus, bei einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bis zum Beweise des Gegenteils den Beweis eines Verschuldens schon dann als geführt anzusehen, wenn nachgewiesen sei, daß die Schadensursache aus einem Gefahrenkreise hervorgegangen sei, für den im Zweifel der Beklagte (Friseur) verantwortlich sei. — Der letzte Satz läßt die Annahme als gerechtfertigt erscheinen, daß das Reichsgericht die Beweislast für das Verschulden dem Verletzten auferlegen will und den Schuldner (Friseur) nur für gegenbeweispflichtig hält, und zwar nicht auf Grund eines Prima-facie-Beweises, der ja in der Rechtsprechung auf die typischen Geschehensabläufe beschränkt wird, sondern auf Grund einer tatsächlichen, aus dem konkreten Fall hergeleiteten Schuldvermutung, welcher die Wahrscheinlichkeit zugrundeliegt, daß eine aus einem Gefahrenkreis hervorgegangene Schadensursache von dem Schuldner, der den Ge-

fahrenkreis geschaffen hat und in ihm tätig ist, im allgemeinen zu vertreten ist. Die Ausführungen des Reichsgerichts sind im übrigen nicht frei von Widersprüchen. Trotzdem es den Schuldner doch offenbar nur für gegenbeweispflichtig hält, spricht es davon, daß das Berufungsgericht, das die Beweislast in Ansehung des Verschuldens dem Gläubiger auferlegt hatte, von einer unrichtigen Beurteilung der Beweislast ausgegangen sei. Die letztere Auffassung wäre aber nur dann zu vertreten, wenn man entgegen der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts annehmen würde, daß der Prima-facie-Beweis und die tatsächliche Vermutung eine Umkehrung der Beweislast bewirke. Wenn das Reichsgericht davon spricht, daß bis zum Beweise des Gegenteils der Nachweis eines Verschuldens als geführt angesehen werde, so läßt sich auch dies nicht mit der Auffassung vereinbaren, daß der Schuldner nur gegenbeweispflichtig ist. Wie dargelegt, ist der Beweis des Gegenteils, der insbesondere dem durch eine gesetzliche Tatsachenvermutung Beschwerten obliegt, scharf von dem Gegenbeweis zu unterscheiden [68]). Der nur Gegenbeweispflichtige ist nicht beweisbelastet, derjenige, dem der Beweis des Gegenteils obliegt, trägt für die der gesetzlichen Tatsachenvermutung widersprechende Sachlage die Beweislast [69]). Ob das Reichsgericht den Ausdruck „Beweis des Gegenteils" in dem auch im § 292 ZPO. verwendeten Sinne gebraucht und irrtümlich den Erfahrungssatz, daß das Verschulden zu vermuten sei, wenn die Schadensursache aus einem Gefahrenkreise hervorgegangen sei, für den im Zweifel der Schuldner verantwortlich sei, als eine gesetzliche Vermutung auffaßt, muß mehr als fraglich erscheinen, da in der Entscheidung darauf hingewiesen wird, daß die Verteilung der Pflicht zur Beweisführung nicht der Ausgestaltung widerspreche, die der Beweis des ersten Anscheins durch die Rechtsprechung erfahren habe. Wie bereits hervorgehoben scheint das Reichsgericht demnach den Schuldner (Friseur) nur für gegenbeweispflichtig zu halten. Aus welchem Grunde es dahingestellt bleiben kann, welche Bedeutung der Vorschrift des § 282 BGB. für den zur Entscheidung stehenden Fall der positiven Forderungsverletzung beizumessen ist, ist nicht recht ersichtlich.

68) Vgl. S. 20 der Arbeit.

69) Vgl. S. 98 der Arbeit, letzteres ist jedoch nicht unbestritten, vgl. hierzu Leonhard, S. 236, 237.

Wenn damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß in allen Fällen, in welchen prima facie oder auf Grund einer tatsächlichen Vermutung das Verschulden „zunächst" als erwiesen anzusehen ist, auf die Frage der Beweislast in Ansehung des Verschuldens nicht eingegangen zu werden brauche, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß es niemals gleichgültig sein oder dahingestellt bleiben kann, ob jemand in Ansehung eines Tatumstandes hauptbeweisbelastet oder nur gegenbeweispflichtig ist [70]).

Die Entscheidung des Bayr. Oberst.-Landesgerichts in München in DJZ. 1925 S. 1198 (= Recht 1925 Nr. 1675) stellt es als Regel hin, daß bei Schadensersatzklagen aus §§ 276, 278 und § 823 ff. BGB. der Kläger das Verschulden des Beklagten zu beweisen habe. Hinsichtlich des Verschuldensbeweises wird hier also Delikt und positive Forderungsverletzung gleich behandelt. Die Entscheidung räumt jedoch ein, daß die vorgenannte Regel durch gesetzliche Vermutungen und weiter in den Fällen durchbrochen werde, in welchen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung und den Erfahrungen des täglichen Lebens der Schaden nicht anders als durch die vom Kläger behauptete mangelhafte Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung oder (bei der unerlaubten Handlung) durch Außerachtlassung der jedem Dritten gegenüber bestehenden Verpflichtungen im allgemeinen Verkehr entstanden sein könne. In den letzteren Fällen erübrige sich für den beweisbelasteten Kläger die Führung eines weiteren Schuldbeweises, sodaß es Aufgabe des Beklagten sei, die tatsächliche Vermutung durch Gegenbeweis zu widerlegen.

In den in der Praxis recht häufigen Schadensersatzklagen gegen Ärzte wegen der aus unsachgemäßer Behandlung erwachsenen Gesundheitsschädigungen ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine auffallend einheitliche Stellungnahme zu unserem Hauptproblem zu verzeichnen. Fast

---

70) Vgl. S. 90 ff. der Arbeit.

71) So u. a. RG.: 118, 42[2]; 128, 122; RG. JW. 1913, S. 32[20]; RG. JW. 1933, S. 1389[4], RG. JW. 1933, S. 27017; HRR. 1935, Nr. 1009 = Warn. Jahrbuch der Entscheidungen, 34. Jhgg. (1935) zu § 282 BGB.; in der Besprechung der Entscheidung RG. JW. 1933, S. 27017 billigt Titze die ständige Rechtsprechung des RG's, welche es ablehnt, die positive Forderungsverletzung der Beweislastregelung des § 282 BGB. zu unterstellen.

ausnahmslos wird dem Patienten die Beweislast für ein Verschulden des Arztes aufgebürdet [71]). Bei der Entscheidung unserer Hauptstreitfrage in diesen sog. „Arztprozessen" spielen in der Praxis zweifellos auch Billigkeitsgründe eine gewisse Rolle. Man will das unbillige Ergebnis vermeiden, daß die Ungeklärtheit wissenschaftlicher Streitfragen und der Streit über die Behandlungsmethoden dem Arzt den Entlastungsbeweis unmöglich machen. Man behauptet, die nachteiligen Folgen, die sich an eine Operation oder an eine bestimmte Behandlungsweise knüpfen könnten, seien so mannigfaltig und zahlreich, daß es für den Arzt unmöglich sei, sich hinsichtlich aller Möglichkeiten des Schadenseintrittes zu entlasten. Die Unaufklärbarkeit des Ursachenverlaufes dürfe daher nicht zu Lasten des Arztes gehen [72]). Der letztere Satz, der sich in zahlreichen Entscheidungen wiederfindet, besagt im Grunde genommen nichts Außergewöhnliches. Die Beweispflicht des Schadensersatz begehenden Klägers für den ursächlichen Zusammenhang und den Ursachenverlauf im Einzelnen ist schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht in Zweifel zu ziehen [73]). Den angeblichen Beweisnotstand des Arztes hinsichtlich des Entlastungsbeweises kann man schon dadurch beheben, daß man an den Nachweis des Ursachenverlaufes erhöhte Anforderungen stellt, was naturgemäß nicht ausschließt, daß im Einzelfall oft prima facie der ursächliche Zusammenhang als erwiesen anzusehen ist [74]) und zwar insbesondere dann, wenn zwar ein schuldhaftes Verhalten des Arztes feststeht, nicht hingegen der ursächliche Zusammenhang zwischen Verschulden und Schadenseintritt [75]). Häufig wird in den Entscheidungen nicht scharf genug zwischen der Frage der Beweislast in Ansehung der Verursachung und der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens unterschieden. Dies mag zum Teil daraus zu erklären sein, daß man in den Arztprozessen allgemein an den Begriff des ärztlichen Kunstfehlers anknüpft, der bereits ein schuldhaftes Handeln voraussetzt oder doch zu-

---

72) So vor allem RG.: 78, 341; RG. JW. 1930, S. 1591[11]; RG. JW. 1936, S. 257[12]; vgl. jedoch auch RG. Warn. Rspr. 1926, Nr. 155, S. 229.

73) So auch RG. JW. 1930, S. 1591[11].

74) Vgl. RG. in Warn. Rspr. 1926, Nr. 155, S. 229; Locher: der Prima-facie-Beweis in Arztprozessen im Arch. ziv. Prax., Bd. 133, Beilageheft, S. 245 ff.; vgl. auch RG. JW. 1928, S. 2213[10].

75) Wie z. B. in der zu Ziff. 1) zitierten Entscheidung.

mindest regelmäßig ein schuldhaftes Handeln vermuten läßt. Ist die Behandlung mit den anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Kunst nicht in Einklang zu bringen, so pflegt man eben, sofern der ursächliche Zusammenhang zwischen Kunstfehler und der Gesundheitsschädigung festgestellt ist, das Verschulden des Arztes ohne weiteres zu unterstellen. Es lassen sich aber sehr wohl Fälle denken, in welchen ein Kunstfehler nicht unbedingt auf einem Verschulden des Arztes zu beruhen braucht wie umgekehrt ein Verschulden des Arztes auch dann gegeben sein kann, wenn kein ärztlicher Kunstfehler vorliegt [76]). Die nicht genügende Trennung zwischen Kausalitätsnachweis und Verschuldensbeweis hat auch die irrige Annahme entstehen lassen, daß der vor allem in RG.: 78, 341 ausgesprochene Satz, die völlige Unaufklärbarkeit des Ursachenverlaufes könne nicht zu Lasten des Arztes gehen, zugleich auch unsere Hauptstreitfrage zugunsten des Arztes beantworte. In Wirklichkeit hat das Reichsgericht in der Entscheidung Band 78 Seite 341 die Frage der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens ausdrücklich nach ihrer grundsätzlichen Seite dahingestellt gelassen und lediglich ausgeführt, daß der Arzt, sofern sich bei einem operativen Eingriff der ursächliche Verlauf, der zur Schädigung des Kranken führe, nicht mehr aufklären lasse, die Gefahr der völligen Unaufklärbarkeit des Ursachenverlaufes nicht trage [77]). Daß dieser Satz mit Vorsicht zu handhaben sei, darauf hat das Reichsgericht an anderer Stelle mit Recht hingewiesen [78]). Bemerkenswert sind vor allem auch die Ausführungen des Reichsgerichts in der in JW. 1930, S. 1591 [13] mitgeteilten Entscheidung, wo es sich dahin äußert, daß die Verteilung der Beweislast in Arztprozessen nicht unzweifelhaft sei, soweit ein Verschulden des Arztes in Frage stehe. Zwar habe, soweit der Kläger den Anspruch aus unerlaubter Handlung herleite, ohne weiteres der Kläger das Verschulden des Arztes darzutun. Soweit der Kläger aber als Dienstvertragsberechtigter dem Arzte gegenüberstehe, lasse sich darüber streiten, ob sich nicht der Arzt im Hinblick auf § 282 BGB. über die mangelhafte Erfüllung seiner Verpflichtungen aus-

76) So RG. in JW. 1935, S. 1153.

77) Vgl. RG. Warn. Rspr. 1922, Nr. 7.

78) So RG. in Warn. Rspr. 1926, Nr. 155, S. 229; RG. Gruch. Beitr., Bd. 69, Nr. 7, S. 86.

zuweisen habe [79]). Das Reichsgericht enthält sich jedoch der eigenen Stellungnahme zu der Streitfrage, da das Verschulden in dem zur Entscheidung stehenden Fall unstreitig gegeben war. — Die Umstände, welche das Reichsgericht für die Beweislast des Patienten anführt, wie insbesondere die Beweisnotstandslage, in welcher sich der Arzt regelmäßig befinde, können nach der hier vertretenen Ansicht nur im Gebiete der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden und im Einzelfall die an die Beweisführung grundsätzlich zu stellenden Anforderungen mildern, niemals jedoch den Arzt von der ihn treffenden Beweislast für seine Schuldlosigkeit befreien. So wird der Arzt z. B. oft schon dann seiner Beweispflicht genügen, bei einer Operation nicht schuldhaft fehlerhaft gehandelt zu haben, wenn er nachweist, daß ein Schaden ganz ohne sein Verschulden eingetreten sein kann und auch sonst auf Grund der gegebenen Sachlage keine Anhaltspunkte für ein Verschulden des Arztes vorliegen [80]). Ist der mit dem Arzt geschlossene Vertrag im konkreten Fall ausnahmsweise Werkvertrag, etwa deswegen, weil er sich auf sog. niedere Operationen bezieht, so stellt sich der Nichteintritt des versprochenen Erfolges als Unmöglichkeit der Leistung dar. Hier ist daher § 282 BGB. unmittelbar anzuwenden [81]).

Auch in Regreßprozessen gegen Rechtsanwälte und Notare lehnt es die Praxis im allgemeinen ab, dem im Rahmen seiner diskretionären Stellung tätig werdenden Rechtsanwalt oder Notar die Beweislast für die Instruktionsmäßigkeit seiner Handlungen, für die ordnungsmäßige Erfüllung seiner vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungen (Belehrungspflicht) und zugleich auch für seine Schuldlosigkeit aufzuerlegen [82]). Daß den

---

79) Für Anwendung des § 282 BGB. auf den Arztvertrag auch Wohlgemuth, „Juristische Betrachtung der Krankenbehandlung", in DJB. 1936, S. 42; manche Entscheidung läßt übrigens nicht ersehen, ob dem Patienten schlechthin die Beweislast für das Verschulden auferlegt wird oder nur deswegen, weil die Klage auf unerl. Handlung gestützt wird, vgl. z. B. RG. JW. 1928, S. 2213, Nr. 10.

80) So OLG. Karlsruhe im Recht 1936, Nr. 2385 (= Bad. Rspr. 1936, Nr. 42).

81) Die reichsgerichtliche Rechtsprechung in Arztprozessen wird gebilligt von Bacharach in JW. 1915, S. 818; vgl. auch Haberland in JW. 1932, S. 3305 ff., der den Arzt für Schädigungen durch einen Kunstfehler auch dann für haftbar hält, wenn ihn kein Verschulden trifft.

82) Mühsam-Werther in JW. 1925, S. 1362; RG. LZ. 1921, S. 221, Nr. 7; RG.: 150, 348 ff., **357**; vgl. auch RG. Warn. Rspr. 1933, Nr. 38, S. 78 ff. und JW. 1919, S. 415.

Schadensersatz begehrenden Mandanten die Beweislast für die Instruktionswidrigkeit trifft, ist gewiß nichts besonderes. Der äußere Tatbestand einer Forderungsverletzung steht zur Beweislast des Gläubigers. Die autoritäre Stellung einer Partei kann wohl unter Umständen bei der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden, niemals aber die ein für alle Mal festliegende Beweislastregelung beeinflussen. In einer Entscheidung vom 16. September 1930 hat der III. Zivilsenat des Reichsgerichts (III 78—30) übrigens die von der herrschenden Rechtsprechung abweichende Ansicht vertreten, daß dem Notar auf Grund der gesetzlichen Belehrungspflicht eine besondere über das allgemeine Maß hinausgehende Rechtsverpflichtung auferlegt sei und daß er sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Erfüllung dieser Verpflichtung oder darüber, daß ihn an der Nichterfüllung kein Verschulden treffe, ausweisen müsse [83]).

Die Erwägung, daß man von den im Rahmen ihrer amtsähnlichen Stellung handelnden Personen nicht den Beweis ihrer Schuldlosigkeit verlangen könne, scheint auch die Stellungnahme der Praxis zu der Frage beeinflußt zu haben, ob bei der auf § 1833 Abs. I BGB. gestützten Schadensersatzklage der Mündel die Beweislast für das Verschulden des Vormundes oder umgekehrt der Vormund die Beweislast für seine Nichtschuld bei objektiv festgestellter Pflichtverletzung zu tragen habe. Die Stellungnahme der Rechtsprechung und insbesondere des Reichsgerichts, das dem Mündel den Nachweis des Verschuldens des Vormundes aufbürdet [84]), ist umso verwunderlicher, als der § 1833 BGB. in der Hauptsache Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges erfaßt und das zwischen Vormund und Mündel bestehende Rechtsverhältnis ein gesetzliches Schuldverhältnis ist, das eine Rechenschaftsverpflichtung in sich schließt. Leonhard, der bei der positiven Forderungsverletzung dem Gläubiger die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners auferlegt, vertritt übrigens die Ansicht, daß den Vormund die Beweislast für seine Schuldlosigkeit und den Mündel die Beweislast für die Pflichtverletzung des Vormundes treffe [85]).

---

83) Siehe RG. JW. 1933, S. 1057, Nr. 2.

84) So u. a. RG.: 76, 186; RG. Warn. Rspr. (Erg.) 1911, Nr. 476; JW. 1911, S. 984; RG. Soerg. Rspr. 1916, S. 394.

85) Leonhard, S. 408 zu § 1833 BGB.; vgl. auch S. 136, 137 der Arbeit.

Die einer vertragsmäßig zu befördernden Person bei der Beförderung durch die Eisenbahn, Straßenbahn, Kraftwagen oder durch ein sonstiges Beförderungsmittel zugefügten Verletzungen werden, wie ausgeführt, vom Reichsgericht weder als Unmöglichkeit einer Nebenverpflichtung noch als gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Hauptleistungsverpflichtung angesehen. Es kann sich daher nach Ansicht des Reichsgerichts nur um positive Vertragsverletzungen handeln. In einigen Entscheidungen bezeichnet denn auch das Reichsgericht die Verletzung des Fahrgastes ausdrücklich als positive Vertragsverletzung[86]). Trotzdem finden sich nur ganz wenige Entscheidungen, die dem Gläubiger (Beförderten) die Beweislast für das Verschulden des Schuldners (Transportunternehmens) auferlegen. In den Entscheidungen Bd. 86, S. 321 und Bd. 126, S. 137 erklärt das Reichsgericht grundsätzlich den Schuldner (Eisenbahnunternehmen) für beweispflichtig, soweit sich der Unfall bei der Beförderung selbst, d. h. also bei der Erfüllung der Hauptleistungspflicht ereignet hat. Soweit die Schädigung des Fahrgastes jedoch auf eine schlechte Erfüllung von Nebenverpflichtungen des Beförderungsunternehmers zurückzuführen ist, welche der Beförderung vorangehen oder ihr nachfolgen, — so insbesondere durch die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung der Verpflichtung zur Schaffung eines gefahrlosen Zu- und Abgangs zu bezw. von dem Beförderungsmittel — legt das Reichsgericht dem Fahrgast die Beweislast für das Verschulden des Transportunternehmens auf. Den Grund für die grundsätzliche Beweislast des Unternehmers erblickt das Reichsgericht darin, daß der Fahrgast bei der Beförderung selbst vollständig der Herrschaft und Verfügungsmacht des Beförderungsunternehmens unterworfen sei. Das Reichsgericht meint, dieser Grund entfalle bei den Nebenleistungen. Der Reisende sei außerhalb der eigentlichen Beförderung in seiner Bewegungsfreiheit und Selbstbestimmung nicht beschränkt. Daß dieser Satz keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben und daher auch nicht die Grundlage für eine unterschiedliche Beweislastverteilung bilden kann, sollte nicht allzu schwer zu erkennen sein. Insbesondere bei der Beförderung auf der Bahn ist der Reisende doch auf ganz bestimmte Zu- und Abgänge angewiesen. Man

86) So z. B. in RG.: 86, 321 und 66, 12.

denke hier z. B. an die mit der fortschreitenden Entwicklung der Technik teilweise bereits erfolgte Einführung von Aufzügen und Rolltreppen auf Großstadtbahnhöfen usw. Die Gefährdung des Fahrgastes kann unter Umständen sogar auf dem Zu- und Abgange größer sein als bei der Beförderung selbst [87]). Erhebliche Schwierigkeiten dürfte es oft auch bereiten, festzustellen, ob sich der Unfall bei der Beförderung selbst ereignet hat oder nicht. Wie ist die Beweislastfrage z. B. zu beantworten bei Unfällen, die sich beim Einsteigen oder Aussteigen ereignen? Ist die vertragliche Zubringerfahrt des Fluggastes zum Flugplatz Haupt- oder Nebenleistung? Mit solchen und ähnlichen Fragen muß sich eine Rechtsprechung, welche die vom Reichsgericht in den genannten Entscheidungen vertretene unterschiedliche Beweislastverteilung für Haupt- und Nebenleistungen befürwortet, auseinandersetzen. — Die Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 124, S. 51 = JW. 1929, S. 2052 ist bereits an anderer Stelle einer Kritik unterzogen worden [88]). Ebenso wie RG.: 124, 49 legt auch die in JW. 1930, S. 1942 [11] abgedruckte Reichsgerichtsentscheidung dem verletzten Fahrgast bei einem seerechtlichen Beförderungsvertrag die Beweislast für ein Verschulden des Reeders auf [89]). Begründet wird diese Entscheidung u. a. auch damit, daß dem Reeder die Möglichkeit der Einsicht in die Ursache des Unfalles genommen sei. In einer Entscheidung vom 17. Dezember 1902 (abgedruckt in Seuff. Arch., Bd. 58, Nr. 84) hat das Reichsgericht umgekehrt unter unmittelbarer Anwendung des § 282 BGB. dem Reeder die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt [90]). Erwähnenswert ist noch die Entscheidung des OLG.'s Hamburg im Recht 1910, Nr. 1228, die bei einem Straßenbahnunfall dem verletzten Fahrgast die Beweislast für das Verschulden der Straßenbahngesellschaft bezw. ihrer Angestellten auferlegt und die Anwendbarkeit des § 282 BGB. mit der Begründung verneint, daß diese Vorschrift sich

---

87) Z. B. notwendiges Ausbooten bei einer Schiffsreise; Flugpassagier auf dem Flugplatz usw.

88) S. 139, 140 der Arbeit.

89) In der Besprechung der Entscheidung weist Leo zutreffend daraufhin, daß es sich nicht um eine positive Vertragsverletzung sondern um teilweise Unmöglichkeit handele.

90) Vgl. auch die Bemerkung des Einsenders in Seuff. Arch.: Bd. 58, Nr. 84, S. 160.

nicht auf Fälle beziehe, in welchen die Leistung nur unvollständig oder mangelhaft ausgeführt worden sei. Von den Entscheidungen, die dem Beförderungsunternehmen die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen, seien insbesondere genannt:

Eisenbahn: RG.: 55, 335 = JW. 1903, Beil. 123; JW. 1904, S. 484, Nr. 6; RG. JW. 1905, S. 185[36] (betrifft Verletzung der Nebenpflicht, für sicheren Zu- und Abgang zu sorgen); RG. Warn. Rspr. 1908, Nr. 293 (Erg. L.); RG. Warn. Rspr. 1915, Nr. 125, S. 179; RG. JW. 1915, S. 703[8]; RG. Warn. Rspr. 1916, Nr. 309 = Recht 1917, Nr. 191 (der Begleiter eines Viehtransportes wird beim Rangieren verletzt); RG. JW. 1918, S. 171[6]; RG. JW. 1933, S. 1887[10];

Straßenbahn: RG. Recht 1914, Nr. 340; Recht 1914, Nr. 2869; RG. Gruch. Beitr.: Bd. 56, S. 895 ff., 898 = RG. Warn. Rspr. 1912, Nr. 153, S. 168; RG.: 66, 12, **15;** RG.: 83, 347, **348** = JW. 1914, S. 302[9];

Kraftwagen: RG. LZ. 1918, S. 623[7]; Recht 1915, Nr. 1524; RG. JW. 1932, S. 3704[3]; RG. JW. 1933, S. 838[11]; RG. JW. 1935, S. 193[3].

In einigen der vorgenannten Entscheidungen wird es als ständige Rechtsprechung bezeichnet, daß der Transportunternehmer sich zu exkulpieren habe[91]). In dem der Entscheidung RG. JW. 1935, S. 193[3] zugrundeliegenden Falle war die Beförderung nur stillschweigend bedungener Gegenstand einer Nebenverpflichtung. Trotzdem hat das Reichsgericht hier keine Bedenken getragen, dem Schuldner die Beweislast für seine Nichtschuld aufzuerlegen, soweit der Schadensersatzanspruch auf den Beförderungsvertrag gestützt wird[92]). Die Tatsache, daß das Reichsgericht in einer im wesentlichen ständigen Rechtsprechung dem Transportunternehmer bei Verletzung des Beförderungsvertrages die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt, dürfte sich wohl daraus erklären, daß es sich hier nicht um positive Forderungsverletzungen, sondern um Fälle der gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit der Haupt-

91) So vor allem in RG. JW. 1935, S. 193[3].

92) Vgl. auch Gruhn in der Besprechung zu der zu Ziff. 1 genannten Entscheidung; Bezzold in JW. 1932, S. 3704 ff.

leistungsverpflichtung[93]) handelt, was instinktiv erkannt worden zu sein scheint[94]). Der Beförderungsvertrag ist eben im Gegensatz zu dem zwischen Rechtsanwalt und Mandanten oder zwischen Arzt und Patienten geschlossenen Vertrag nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag. Dort, wo der Erfolg geschuldet wird, ist die dem Schuldner obliegende Erhaltung eines Rechtsgutes Inhalt der Hauptleistungspflicht, während dort, wo nur eine Tätigkeit geschuldet wird, wie z. B. beim Dienstvertrag zwischen Arzt und Patienten, die Erhaltung des Rechtsgutes (Gesundheit) zumeist Inhalt einer unselbständigen Nebenpflicht (Treuepflicht) ist, deren Verletzung sich regelmäßig als positive Forderungsverletzung darstellt. Für uns folgt daher die Beweislast des Transportunternehmers unmittelbar aus § 282 BGB. Es ist im übrigen auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen bei der Personenbeförderung eine andere Beweislastverteilung Platz greifen sollte als die bei der Beförderung von Sachen in den §§ 429, 456 HGB., 84 Eisenbahn-Verk.-Ordn. zum Ausdruck gebrachte des Transportunternehmers[95]). In Fällen der Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen aus schuldhafter „Vertrags"verletzung und gesetzlichen Schadensersatzansprüchen im Gebiete der Gefährdungshaftung ist es mitunter nicht ausgeschlossen, daß, sofern die Schadensersatzklage sowohl auf die vertragliche wie auf die außervertragliche Haftung gegründet wird, die abweichende Beweislastverteilung bei einem der konkurrierenden Ansprüche die Entscheidung der Beweislastfrage hinsichtlich des anderen Anspruches wesentlich beeinflußt, wenn auch grundsätzlich die Beweislastfragen bei den konkurrierenden Ansprüchen einzeln und getrennt voneinander zu behandeln sind. Für denjenigen, welcher z. B. dem verletzten Eisenbahnfahrgast die Beweislast für das Verschulden des Eisenbahnunternehmens auferlegt, kann es nicht vollkommen gleichgültig sein, daß der Betriebsunternehmer nach § 1 Reichshaftpflichtgesetz für den durch einen Betriebsunfall eingetretenen

---

93) Ausnahmsweise auch Unmöglichkeit einer selbständigen Nebenverpflichtung.

94) RG. Warn. Rspr. 1932, Nr. 72 will § 282 BGB. unmittelbar anwenden; vgl. auch Weil in der Besprechung der Entscheidung RG. JW. 1933, S. 838, Nr. 11 zu Ziff. 6.

95) Vgl. auch § 25 des preuß. Gesetzes vom 3. XI. 1838 (GS. S. 505) art. 105 EGBGB.; JW. 1917, S. 549.

Schaden schlechthin haftet, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht worden ist. Erbringt der Betriebsunternehmer den ihm obliegenden Beweis für das Vorliegen höherer Gewalt, so steht damit fest, daß der Schaden durch ein erkennbares von außen kommendes Ereignis verursacht worden ist, dessen schädigende Wirkung durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmaßregeln nicht hätte abgewendet werden können. Höhere Gewalt setzt also Schuldlosigkeit hinsichtlich des Eintritts des schädigenden Ereignisses voraus [96]). Ist der Beweis für das Vorliegen höherer Gewalt erbracht, so entfällt damit zugleich auch der auf Vertrag gestützte Schadensersatzanspruch. Die Frage der Beweislast wird hier gar nicht mehr akut. Wer dem Verletzten die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners (Betriebsunternehmers) auferlegt, müßte, sofern er die Schadensersatzklage lediglich auf positive Forderungsverletzung stützen würde, dem Kläger die Beweislast für das Nichtvorliegen höherer Gewalt aufbürden, wenn der Beklagte das Vorliegen höherer Gewalt einwendet. Eine solche Beweislastverteilung müßte nun aber zu ganz unmöglichen Ergebnissen führen, in den Fällen, in welchen das Gesetz hinsichtlich des mit dem vertraglichen Anspruch konkurrierenden Schadensersatzanspruches ausdrücklich oder durch die Wortfassung oder die Satzstellung dem Schuldner die Beweislast für das Vorliegen höherer Gewalt auferlegt (vgl. z. B. §§ 701 BGB., 7 Abs. II Kraft. Fahrz. Ges., § 456 HGB., § 11 Nr. 2 Post. Ges.). Von dem Standpunkt der hier vertretenen Ansicht, welche bei sämtlichen Erfüllungsverstößen dem Schuldner den Beweis seiner Nichtschuld auferlegt, können sich bei einer Konkurrenz zwischen vertraglichem Schadensersatzanspruch und Schadensersatzanspruch auf Grund der Gefährdungshaftung keinerlei Schwierigkeiten bei der Beweislastverteilung ergeben. Die Entlastungspflicht trifft immer den Schuldner, der sowohl seine Nichtschuld wie das Vorliegen höherer Gewalt nachzuweisen hat. Seine Schuldlosigkeit kann der Schuldner insbesondere auch dadurch dartun, daß er das Vorliegen höherer Gewalt nachweist.

Auch die Konkurrenz zwischen vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch, die gerade bei dem Be-

96) Leonhard, S. 375 zu § 701 BGB.

förderungsverträge häufig gegeben ist, kann die Beantwortung der Beweislastfrage bezgl. des Verschuldens entscheidend beeinflussen. So ist z. B. derjenige, der dem Mieter die Beweislast für ein Verschulden des Vermieters auferlegt, wenn dem Mieter durch die Beschaffenheit der Mietsache ein Schaden zugefügt wird, gezwungen, dem Vermieter den Entlastungsbeweis gemäß § 836 Abs. I Satz 2 BGB. aufzubürden, wenn der Mieter durch Ablösung des Gesimses eines Kachelofens beschädigt wird[97]); denn, wenn hier schon den Vermieter aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung die Beweislast dafür trifft, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, so muß der Vermieter erst recht die Beweislast für die Schuldlosigkeit tragen, wenn er nicht nur gegen eine jedem Dritten gegenüber bestehende Sorgfaltspflicht, sondern gegen eine ihm auf Grund des Vertrages gerade dem Mieter gegenüber obliegende vertragliche Treuepflicht verstößt, die dahingeht, für die ordnungsmäßige und gefahrlose Beschaffenheit der Mietsache Sorge zu tragen. In der in JW. 1908, S. 196[10] abgedruckten Entscheidung hat das Reichsgericht bei einem Eisenbahnunfall dem Bahnunternehmen die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auch deswegen auferlegt, weil bei der gegebenen Sachlage sowohl der äußere Tatbestand einer „Vertragsverletzung" wie der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gemäß § 836 BGB. als vorliegend zu erachten war. — Die Zugentgleisung, bei welcher der Kläger verunglückt war, war dadurch herbeigeführt worden, daß der Bahndamm durch die Witterungseinflüsse (Tauwetter, Frost und Regen usw.) aufgeweicht war und infolge der Senkung des Erdreiches die Schienen ihre Lage verändert hatten und in dieser veränderten Lage unter dem Drucke des hinüberfahrenden Zuges gebrochen waren. In Fällen, in welchen schon bei der unerlaubten Handlung den Beklagten die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trifft, kann die von uns abgelehnte Ansicht, welche den Gläubiger die Beweislast für das Verschulden tragen läßt, nur dadurch unmögliche Ergebnisse hinsichtlich der Beweislastverteilung ausschließen, daß sie die für die unerlaubte Handlung vorgesehene Beweislastverteilung auch für den konkurrierenden vertraglichen Schadensersatzanspruch entsprechend

97) So auch RG. in Warn. Rspr. 1930, Nr. 153; vgl. auch RG. Seuff. Arch.: Bd. 7, Nr. 31.

durchgreifen läßt. Man wende nicht ein, daß der Kläger es im Falle der Anspruchskonkurrenz ja in der Hand habe, stets den Klagegrund zu wählen, der ihn hinsichtlich der Beweislast begünstigt. Ist z. B. der auf § 836 BGB. gestützte Schadensersatzanspruch verjährt, so wird man auch in diesem Falle vom Standpunkt der hier abgelehnten Ansicht aus die gleiche Beweislastverteilung wie im § 836 BGB. für den vertraglichen, noch nicht verjährten Schadensersatzanspruch vertreten müssen. Der Kläger ist eben oft gezwungen, seine Klage auf mehrere Klagegründe zu stützen. So kann sich z. B. der Fahrgast, der durch einen Eisenbahnbetriebsunfall infolge Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit einen Schaden in Höhe einer Jahresrente von 15 000,— RM. erleidet, nicht damit begnügen, die Klage auf § 1 R. Hft. Ges. zu stützen, da der geltendgemachte Schaden die Haftungsgrenze des § 7 a R. Hft. Ges. erheblich übersteigt. Will der Verletzte den vollen Schaden ersetzt haben, so muß er also die Klage zugleich auf den Beförderungsvertrag stützen, und auf unerlaubte Handlung, sofern er auch Ersatz des immateriellen Schadens beansprucht. Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, daß in einem Falle der Anspruchskonkurrenz, in welchem ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung neben einem außervertraglichen Schadensersatzanspruch gegeben ist, sich für die Vertreter der „deliktischen" Beweislastverteilung bei positiver Forderungsverletzung Schwierigkeiten in der Beantwortung der Hauptstreitfrage ergeben können, wenn das Gesetz hinsichtlich des außervertraglichen Anspruchs dem Beklagten die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegt. Wenn man hingegen bei der positiven Forderungsverletzung dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt, so können die Konkurrenzfälle der erwähnten Art Schwierigkeiten in der Beantwortung der Beweislastfrage nicht auslösen.

Die unterschiedliche Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens bei vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen kann übrigens auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus zu Komplikationen führen, wenn weder der Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit noch der Gläubiger den Beweis des Verschuldens des Schuldners zu erbringen vermag. Wenn ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung mit einem solchen aus Delikt konkurriert, d. h. also, wenn eine positive Forderungsverletzung objektiv den Tatbestand einer

unerlaubten Handlung verwirklicht, und der Schuldner den ihm obliegenden Beweis seiner Nichtschuld nicht zu erbringen vermag, so taucht notwendig die Frage auf, ob der Gläubiger, der die Zahlung eines Schmerzensgeldes begehrt, noch weiter das Verschulden des Schuldners beweisen muß, obschon dies doch, soweit die Schadensersatzklage auf Vertrag gestützt wird, als erwiesen anzusehen ist. Es ist ja durchaus möglich, daß in einem Falle, in welchem dem Schuldner der Nachweis seiner Schuldlosigkeit nicht gelingt, keine Prima-facie-Vermutung für ein Verschulden besteht. Ebenso ist es auch denkbar, daß in einem Falle, in welchem prima facie das Verschulden als erwiesen anzunehmen ist, das Vorbringen des Schuldners ausreicht, gegenüber der deliktischen Klage gegenbeweislich die Prima-facie-Vermutung zu entkräften, nicht aber, um hauptbeweislich seine Nichtschuld darzutun. Für die Beantwortung unserer Frage ist es nicht ohne Bedeutung, ob es sich bei der sog. Anspruchskonkurrenz um zwei konkurrierende Ansprüche handelt, die real nebeneinander bestehen, oder nur um einen einzigen Anspruch mit zwei verschiedenen Begründungen, der aus verschiedenen Wurzeln fließt. Die Auffassung, die nur einen einzigen Anspruch als vorliegend erachtet, wird von der herrschenden Ansicht mit Recht abgelehnt [98]). Bei der Anspruchskonkurrenz haben wir es also mit mehreren real nebeneinander bestehenden Ansprüchen zu tun [99]), die ein unechtes Gesamtschuldverhältnis begründen. Wenn es sich nun aber auch um selbständige, voneinander zu trennende Ansprüche handelt, die auch ihre eigenen Voraussetzungen haben, so schließt dies noch nicht ohne weiteres aus, daß die Begründetheit des einen Anspruchs gewisse Reflexwirkungen auf den konkurrierenden Anspruch ausübt. Wenn bei der Vertragsklage auf Grund des fehlgeschlagenen Beweises des Schuldners ein Verschulden als erwiesen anzusehen ist, so ist damit der Gläubiger, auch soweit er die Klage auf unerlaubte Handlung stützt, eines besonderen Nachweises des Verschuldens enthoben. Mit anderen Worten ist der Gläubiger, der seine Klage außer auf eine unerlaubte Handlung auch auf eine positive Vertragsverletzung gründet, ·ichtlich des Verschuldensbeweises bei Begründetheit des ·lichen Schadensersatzanspruches erheblich besser ge-

[98]) Dietz, S. 125.

[99]) RG.: 99, 264.

stellt, als wenn er allein aus dem Rechtsgrunde der unerlaubten Handlung geklagt haben würde. Damit wird das unmögliche Ergebnis vermieden, daß der Gläubiger mit der Vertragsklage durchdringt, jedoch mit der deliktischen Klage abgewiesen wird, weil er das Verschulden des Schuldners nicht positiv nachweisen kann, obschon dieses Verschulden, soweit die Klage auf Vertrag gestützt wird, auf Grund des fehlgeschlagenen Beweises des Schuldners für seine Schuldlosigkeit als erwiesen anzusehen ist. Das Verschulden ist ein sowohl im Vertragsrecht wie im Deliktrecht völlig gleicher und absoluter Begriff. Es würde daher ganz unhaltbar sein, wollte man im Falle der Anspruchskonkurrenz bei dem auf Vertrag gestützten Anspruch das Verschulden bejahen und bei dem deliktischen Anspruch das Verschulden auf Grund entgegengesetzter Beweislastverteilung verneinen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Anspruch auf Schmerzensgeld demnach schon dann begründet, wenn der auf Vertrag gestützte Schadensersatzanspruch gerechtfertigt ist und der äußere Tatbestand einer die Gesundheit oder den Körper des Gläubigers verletzenden unerlaubten Handlung gegeben ist. Für diejenigen, die dem Gläubiger auch bei der Vertragsklage ein Schmerzensgeld gewähren [100]), gewinnt das hier behandelte Problem keine große Bedeutung.

Für die Beweislast des Schuldners in Ansehung des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung tritt das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen ein, von denen u. a. die folgenden genannt seien:

RG.: 97, 117:

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall wird dem Gast statt des bestellten Selterswassers eine Flasche mit Salmiakgeist verabreicht. Im Gegensatz zu der angeführten Entscheidung in JW. 1912, S. 682 [5] legt das Reichsgericht hier dem Schuldner (Gastwirt) bezw. in dem zur Entscheidung stehenden Falle den Erben des Schuldners die Beweislast dafür auf, daß der Schuldner seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht genügt hat.

---

100) So z. B. Leonhard, besonderes Schuldrecht, § 353, S. 636; ähnlich von Tuhr, Allgem. Teil, II. Bd., 2. Hälfte, S. 464, 465.

RG.: im Recht 1914, Nr. 1968:

In einer ländlichen Wirtschaft wird einem Gast von einer Kellnerin statt des bestellten Sauerbrunnens versehentlich eine Mineralwasserflasche mit ätzender Flüssigkeit vorgesetzt. In der Entscheidung wird ausgeführt, daß es nicht genüge, daß der beklagte Gastwirt den allgemeinen Nachweis ordentlicher Wirtschaftsführung erbringe. Der Schuldner müsse vielmehr seine bezw. seiner Erfüllungsgehilfen Schuldlosigkeit nachweisen. Als Grund für diese Beweislastverteilung wird u. a. angeführt, daß der Beklagte, der seinen Betrieb kennen müsse, nicht aber der Kläger in der Lage sei, den Grund dafür anzugeben, aus dem dem Kläger anstatt seines Nahrungsmittels eine ätzende Flüssigkeit verabreicht worden sei. Diese Begründung muß allerdings nicht unbedenklich erscheinen, wenn sie dahin verstanden werden soll, daß die Beweislastverteilung stets zu Lasten desjenigen ausfallen müsse, der die bessere und größere Einsichtmöglichkeit in die Ursache des schädigenden Ereignisses hat. Wenn die unverhältnismäßig bessere Einsichtmöglichkeit in die Schadensverursachung und der sich hieraus für die andere Partei oft ergebende Beweisnotstand durch die abstrakte gesetzliche Beweislastverteilung nicht berücksichtigt wird und also auch nicht die Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Beweislastregel bildet, mit anderen Worten, der sich im Beweisnotstande befindende auch die Beweislast trägt, so kann die bessere Einsichtmöglichkeit der einen Partei und der offensichtliche Beweisnotstand der anderen Partei nur im Gebiete der Beweisführung und der Beweiswürdigung einen Einfluß ausüben.

RG. JW. 1910, S. 281[8]:

Durch einen Sprung im Bierglas wird dem Gast eine Sehne der Hand durchschnitten. Das Reichsgericht legt dem beklagten Gastwirt die Beweislast für seine Nichtschuld auf.

RG.: 65, 12, 13:

Der Gast wird durch eine von der Garderobe herunterfallende Leiste verletzt. Das Reichsgericht vertritt in der Entscheidung die Ansicht, daß sich die Haftpflicht der Schank- und Speisewirte für Unfälle, die durch den ordnungswidrigen Zustand ihrer Gasträume verursacht werden, nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Vertragspflichten regele. Hieraus ergebe sich, daß der beklagte

Gastwirt zwecks Abwendung des vom Kläger wegen der erlittenen Verletzung erhobenen Schadensersatzanspruches zu erweisen habe, daß die Sorgfalt, die in Ansehung der Verkehrssicherheit zu bestätigen war, von ihm trotz des mangelnden Halts der Leiste nicht außer Acht gelassen worden sei; denn einmal zähle die Pflicht, für die Sicherheit der Gäste zu sorgen, zu den Vertragsverbindlichkeiten des Wirtes und zum anderen spreche das Dasein des Mangels solange gegen die geübte Anwendung der gebotenen Sorgfalt, bis ihre Betätigung nachgewiesen sei. — Wenn das Reichsgericht an anderer Stelle [101]) behauptet hat, die Entscheidungen RG.: 65, 13 und 97, 117 gehörten in Wirklichkeit zu der Gruppe von Entscheidungen, welche wie die Entscheidung Band 66, Seite 289 ff. dem Gläubiger die Beweislast für das Verschulden des Schuldners auferlegen, und wenn es zugleich darauf hingewiesen hat, daß in den Entscheidungen nicht immer scharf genug zwischen grundsätzlicher Verteilung der Beweislast und der Beweisannahme auf Grund ersten Anscheins unterschieden werde [102]), so ist demgegenüber festzustellen, daß die klare Begründung der Entscheidungen Bd. 65, S. 13 und Bd. 97, S. 117 eigentlich keinerlei Zweifel darüber aufkommen lassen sollte, ob hier dem Schuldner die „grundsätzliche" Beweislast oder nur der Gegenbeweis auf Grund der Beweisannahme vom ersten Anschein auferlegt wird. In RG.: 65, 13 wird doch klar hervorgehoben, daß die Verletzung einer Vertragsverbindlichkeit in Frage steht und daß aus diesem Grund die Beweislast für die Betätigung der vertraglichen Sorgfaltspflicht dem Beklagten (Schuldner) aufzuerlegen sei. Die Entscheidung enthält sogar den ausdrücklichen Hinweis darauf, daß dem Berufungsgericht in seinen Ausführungen insoweit nicht beigetreten werden könne, als es den Kläger hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten für beweispflichtig halte. Der zweite Grund, den das Reichsgericht zur Rechtfertigung der von ihm vertretenen Beweislastverteilung anführt, daß nämlich das Vorhandensein des Mangels zunächst dafür spreche, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet worden sei, dürfte wohl als eine Anwendung der Regeln über den Beweis des ersten Anscheins zu bewerten sein. Mit der Prima-facie-Annahme eines Verschuldens wird die Ent-

101) So z. B. RG.: 124, 49 = JW. 1929, S. 2052.

102) So angeblich in RG.: 66, 15 und RG.: 83, 343.

scheidung jedoch nur hilfsweise begründet [103]). Eine ähnliche Begründung findet sich auch in der Entscheidung RG.: 97, 117, in welcher hervorgehoben wird, daß den Schuldner die Beweislast treffen müsse, soweit ein Vertrag als Klagegrundlage in Betracht komme. Soweit die Klage auf unerlaubte Handlung gestützt werde, habe der Schuldner deswegen die „Beweislast", weil prima-facie der Beweis eines Verschuldens auf Grund des feststehenden Sachverhaltes als geführt gelten könne. Es kann daher auch nicht davon die Rede sein, daß in den angeführten Entscheidungen etwa die grundsätzliche Verteilung der Beweislast nicht scharf genug von der Beweisannahme auf Grund ersten Anscheins getrennt werde, wenn auch die Erscheinung des Prima-facie-Beweises irrigerweise noch als eine Beweislastregel aufgefaßt zu werden scheint. Die Bemühungen des Reichsgerichts, es so hinzustellen, als ob die Entscheidungen RG.: 65, 13 und 97, 117 mit der Beweislastverteilung zu Lasten des Gläubigers sehr wohl in Einklang zu bringen seien, dürften ausschließlich aus der Absicht zu erklären sein, eine Anrufung der vereinigten Zivilsenate zu vermeiden.

RG.: 99, 101:

In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall wurde eine Stadtgemeinde auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil durch das von dem städtischen Wasserwerk gelieferte Leitungswasser infolge seines hohen Bleigehalts Gesundheitsschädigungen der Abnehmer und insbesondere auch bei dem Kläger eingetreten waren. Das Reichsgericht hat in diesem Falle der Stadtgemeinde die Beweislast dafür auferlegt, daß sie, indem sie bleihaltiges Wasser lieferte, gleichwohl ihrer vertraglichen Sorgfaltspflicht genügt hat. Leonhard [104]) meint, es könne bei dieser Entscheidung und ebenso bei der Entscheidung RG.: 97, 117 wenigstens zweifelhaft sein, ob sie nicht von dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit ausgegangen seien. Eine solche Annahme rechtfertigen die genannten Entscheidungen jedoch in keiner Weise, da beide Entscheidungen positive Forderungsverletzungen der Gruppe I a betreffen, bei welchen die Leistung selbst mangelhaft ist und durch diese Mangelhaftigkeit

103) Die Entscheidung steht noch auf dem Boden der früheren Rechtsprechung, nach welcher der Prima-facie-Beweis angeblich eine Umkehrung der Beweislast bewirkte, vgl. auch RG. JW. 1936, S. 3182[5].

104) Leonhard, S. 336.

dem Gläubiger ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden zugefügt wird. Leonhard läßt die Frage offen, ob er in den Fällen, welche den letztgenannten Entscheidungen zugrundeliegen, Unmöglichkeit oder positive Forderungsverletzung annehmen will. Er scheint jedoch die Entscheidungen im Ergebnis zu billigen.

Einen Fall einer positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a behandelt die Entscheidung des Appellationsgerichts zu Celle in Seuff. Arch.: Bd. 33, Nr. 193.

Der Kläger kauft einen an Lungenseuche erkrankten Bullen, durch den auch der gesunde Viehbestand des Käufers angesteckt wird. Das an Lungenseuche erkrankte Vieh des Käufers geht zum Teil ein. Die Entscheidung legt dem Schadensersatz begehrenden Käufer die Beweislast dafür auf, daß der behauptete Schaden durch die Übergabe des an Lungenseuche erkrankten Bullen entstanden sei. In der Entscheidung heißt es sodann weiter, daß der Verkäufer zu beweisen habe, daß er erfüllt habe. Die Erfüllung liege nicht schon in der Übersendung des verkauften Bullen. Vielmehr müsse der beklagte Verkäufer beweisen, daß er bei Anschaffung und Übergabe des verkauften Bullen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet habe. Im Gegensatz zu der Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 66, S. 289 ff., die einen entsprechenden Fall einer positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a betrifft, wird hier also dem Verkäufer die Beweislast dafür auferlegt, daß er die Umstände, die den Schaden verursacht haben, nicht zu vertreten habe. Daß die ältere Rechtsprechung ausnahmslos dem Schuldner den Beweis seiner Schuldlosigkeit auferlegte, ist bereits hervorgehoben worden. Diese ältere Rechtsprechung ist offenbar auch durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB.) beeinflußt worden, das die Beweislast für die Beobachtung und Anwendung der sich aus einer bestehenden Schuldverbindlichkeit ergebenden Sorgfaltspflichten dem Schuldner auferlegte [105]).

RG. in Warn. Rspr. 1916, Nr. 160:

„Der Besucher einer Luftschiffhalle, deren Besichtigung gegen Eintrittsgeld gestattet war, fällt bei der Besichtigung in einen in der Halle befindlichen Laufschienenschacht und verletzt sich an der Hand."

105) Vgl. auch art. 282 ADHGB., § 347 Abs. I HGB.

Zutreffend wird in der Entscheidung hervorgehoben, aus dem Vorliegen eines Vertragsverhältnisses folge, daß die Beklagte (Werksleitung) den Nachweis führen müsse, daß sie die zur Abwendung der durch den Laufschienenschacht begründeten Gefahr erforderlichen Maßregeln getroffen habe.

RG. in LZ. 1921, S. 1901, Nr. 5:

„Infolge eines Schnittes, den ein Friseur einem Kunden beim Rasieren beibringt, erkrankt der Kunde an Syphilis." Das Kammergericht hatte in diesem Falle dem Friseur die „Beweislast" deswegen auferlegt, weil nach den näheren Umständen des Falles zunächst mit einem Verschulden des Friseurs zu rechnen sei. Das Reichsgericht führt aus, der Standpunkt des Kammergerichts sei durchaus berechtigt, und zwar umso mehr, weil unter den Parteien ein Vertragsverhältnis bestanden habe und der Beklagte Barbier daher positiv verpflichtet gewesen sei, bei Erfüllung seiner Leistung mit der erforderlichen Sachkunde und Umsicht vorzugehen. Bei dieser Begründung kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Reichsgericht den Schuldner (Friseur) nicht für gegenbeweispflichtig hält, sondern ihm auf Grund der ihn treffenden vertraglichen Sorgfaltspflicht die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt.

RG. in Warn. Rspr. 1921, Nr. 143:

„Infolge mangelhafter Bewachung durch eine Wach- und Schließgesellschaft wird in dem Geschäft des Klägers ein Einbruch ausgeführt." In dem von dem Kläger gegen die Wach- und Schließgesellschaft angestrengten Prozeß auf Schadensersatz hatte das Berufungsgericht (Kammergericht) den Bewachungsvertrag als einen Werkbetrag behandelt und die Beweislast zutreffend gemäß § 282 BGB. der Beklagten auferlegt. Das Reichsgericht hat demgegenüber in der Revisionsinstanz die Ansicht vertreten, daß es sich nicht um einen Werkvertrag, sondern um einen Dienstvertrag handele. Demzufolge stehe nicht eine Unmöglichkeit der Leistung sondern ein „Verschulden bei Vertragserfüllung", d. h. also eine positive Forderungsverletzung in Frage. Die Frage, wen die Beweislast in Ansehung des Verschuldens bezw. der Nichtschuld treffe, läßt das Reichsgericht ausdrücklich dahingestellt [106]).

106) Der Ansicht des Reichsgerichts, daß es sich bei dem Bewachungsvertrag um einen Dienstvertrag handele, dessen Verletzung sich in dem zur Entscheidung

OLG. Hamburg im Recht 1916, Nr. 49:

„Ein Makler hat dem Auftraggeber eine unrichtige Schlußnote übersandt und der Auftraggeber hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Schlußnote Aufwendungen gemacht." Für den hieraus dem Auftraggeber erwachsenden Schaden erklärt die Entscheidung den Makler für ersatzpflichtig, sofern er nicht nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft.

Die Entscheidung des Reichsgerichts in Warn. Rspr. 1915, Nr. 125 bezieht sich auf einen Unfall eines Fahrgastes bei der Eisenbahn und wird nach den wiederholten Ausführungen zu Unrecht als positive Vertragsverletzungen bezeichnet. Die Entscheidung ist jedoch deswegen recht bedeutsam, weil das Reichsgericht in ihr ganz allgemein ausspricht, daß bei positiven Vertragsverletzungen der Vertragsteil, der den Vertrag zu erfüllen habe und dabei dem anderen Teile einen Schaden verursache, nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes zu beweisen habe, daß ihn dabei kein Verschulden treffe.

In der Entscheidung Recht 1916, Nr. 202 äußert sich das Reichsgericht zu unserer Hauptstreitfrage in nicht mißzuverstehender klarer Form dahin, daß derjenige Vertragsteil, dem eine positive Vertragsverletzung nachgewiesen sei, zu beweisen habe, daß ihn kein Verschulden treffe [107]).

Der Gedanke, daß bei objektiv rechtswidrigen Verstößen gegen bestehende Verbindlichkeiten ein Verschulden nicht nur im Einzelfall prima facie, sondern allgemein kraft Gesetzes zu vermuten ist, hat in einer Entscheidung des Reichsgerichts im Recht 1906, Nr. 418, S. 240 seinen Ausdruck gefunden. Das Reichsgericht äußert hier die Ansicht, die vertragswidrige Leistung stelle sich zunächst jedesmal als ein Verschulden dar und der Vertragsteil, dem die vertragswidrige Leistung zur Last falle, müsse nachweisen, daß und warum er nicht habe erfüllen können, ohne daß ihn ein Verschulden treffe.

---

stehenden Fall als positive Forderungsverletzung darstellt, dürfte beizutreten sein. § 282 BGB. ist also nur entsprechend anwendbar.

107) Leonhard, S. 336, versucht der Entscheidung ohne hinreichende Anhaltspunkte zu unterstellen, daß sie vielleicht doch nur den auch sonst öfters wiederkehrenden Gedanken aussprechen wolle, daß schon aus der Beschädigung die Schuld zu schließen sei.

Ganz allgemein führt das Reichsgericht in LZ.: 1911, Nr. 10, S. 59 aus, daß da, wo der Schuldner seiner Vertragspflicht nicht ordnungsmäßig nachkomme, bis zu dem ihm obliegenden Gegenbeweise vermutet werde, daß die Verletzung der Vertragspflichten auf seinem Verschulden beruhe. Da dieser Satz nicht auf den konkreten Fall beschränkt, sondern ihm grundsätzliche Bedeutung beigelegt wird, so faßt das Reichsgericht die Vermutung, von welcher es spricht, doch wohl nicht als prima facie bestehende tatsächliche Vermutung, sondern als eine für alle Fälle der objektiven Verletzung bestehender Schuldverbindlichkeiten geltende gesetzliche Vermutung für ein Verschulden auf. Dann ist es aber verfehlt, den dem Schuldner obliegenden Entlastungsbeweis als Gegenbeweis zu bezeichnen.

Daß die Beweislast des Schuldners für seine Schuldlosigkeit bei festgestelltem vertragswidrigen Handeln den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes entspreche, hat das Reichsgericht u. a. auch in den Entscheidungen Bd. 90, S. 135; Bd. 58, S. 410, **413**; RG. JW. 1905, S. 393[11] ausgesprochen. Unter diesen „allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes" können aber nur die in den §§ 282, 285 BGB. zum Ausdruck kommenden zu verstehen sein[108]).

Auch die Entscheidung des Reichsgerichts in DJZ. 1902, Nr. 51, S. 435 geht offensichtlich davon aus, daß den Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit treffe. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte sich der Kläger in einem Dampfbade infolge des mangelhaften Zustandes der Röhren des Badeofens und der Dampfdouche erheblich verbrüht. In der Entscheidung wird darauf hingewiesen, das Vertragsverhältnis lege dem Inhaber des Dampfbades die Verpflichtung auf, bei Erfüllung seiner Obliegenheiten, bei der Gestattung des Zutritts und Benutzung der Einrichtungen des Dampfbades, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorzugehen. Der Beklagte könne sich daher nicht schon durch den Nachweis von seiner Haftung befreien, daß er seinen Angestellten die Überwachung der Douche übertragen habe.

Das Reichsgericht hat sich wiederholt mit der Entscheidung solcher Fälle befassen müssen, in welchen der vertraglich zur Beaufsichtigung eines Tieres Verpflichtete von dem

108) So Rosenberg, S. 404; vgl. auch RG.: 126, 141.

Tierhalter auf Grund des § 833 BGB. Ersatz des ihm durch das Tier zugefügten Schadens begehrte. So hat es mehrfach dem Hufschmied, der sich dem Tierhalter gegenüber verpflichtet hatte, dessen Pferd zu beschlagen, die Beweislast dafür auferlegt, daß er beim Beschlagen des Pferdes mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen und die ihm durch das Pferd zugefügte Verletzung nicht selbst verschuldet habe [109]). Es handelt sich nun zwar nicht um eine positive Forderungsverletzung, wenn der Hufschmied z. B. durch unsachgemäßes Beschlagen sich selbst (und nicht dem Vertragsgegner) einen Schaden zufügt. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß das Reichsgericht in gleicher Weise dem Hufschmied (Schuldner) die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt haben würde, wenn das Pferd auf Grund unsachgemäßer Behandlung beim Beschlagen den anwesenden Kläger verletzt haben würde oder wenn das durch unsachgemäße Behandlung scheu gewordene Pferd einen Dritten verletzt haben würde, dem der Eigentümer oder Besitzer des Pferdes als Tierhalter gemäß § 833 BGB. ersatzpflichtig ist.

In der Entscheidung JW. 1931, S. 40 [8] hat das Reichsgericht dem Vorsteher einer Darlehnsgenossenschaft gegenüber der auf § 34 Gen. Ges. gestützten Schadensersatzklage die Beweislast dafür auferlegt, daß ihm bei Tätigung von schadenbringenden Geschäften kein Verschulden treffe [110]).

Die vorstehend aufgeführten Entscheidungen, die den Schuldner für beweispflichtig erklären, lassen ersehen, daß es nicht ohne weiteres gerechtfertigt erscheint, die Ansicht, welche dem Gläubiger die Beweislast für ein Verschulden des Schuldners auferlegt, als die herrschende zu bezeichnen und daß von einer ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts auch nicht im entferntesten gesprochen werden kann. Die Zahl der Entscheidungen, die dem Schuldner die Beweislast auferlegen, ließe sich im übrigen nicht unbeträchtlich erhöhen, und zwar insbesondere dann, wenn man den Begriff der positiven Forderungsverletzung so weit faßt, wie das Reichsgericht dies tut, und ihn auf alle positiven Zuwiderhandlungen nicht ganz unerheblicher Natur gegen bestehende Schuldverbindlichkeiten

109) So RG.: 61, 54 = JW. 1905, S. 432[11]; RG. Warn. Rspr. 1912, Nr. 61; RG.: 58, 410, **413** (für Trainer eines Rennpferdes); vgl. auch RG. JW. 1905, S. 392[19].

110) Vgl. auch RG.: 98, 98; § 43 G. m. b. H.-Ges.

erstreckt, die nicht als Unmöglichkeit oder Verzug aufzufassen sind [111]). So läßt das Reichsgericht z. B. den Schuldner in vielen Fällen der schuldhaft mangelhaften Erfüllung, in welchen ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden nicht entsteht, die Beweislast dafür treffen, daß er die schlechte Erfüllung nicht zu vertreten habe, obschon hier nach der wiederholt zum Ausdruck gebrachten Überzeugung des Reichsgerichts Fälle der positiven Vertragsverletzung in Frage stehen. So muß sich z. B. der Braumeister exkulpieren, der ein größeres Quantum Bier hat verderben und weglaufen lassen. (RG.: 34, S. 222 ff., RG. im Recht 1910, Nr. 951). Überall da, wo die Verpflichtung zur Beaufsichtigung oder zur Verwahrung oder Erhaltung einer Sache objektiv verletzt ist, muß sich der Schuldner entlasten, mag die verletzte Pflicht nun Haupt- oder Nebenpflicht sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts trägt der Beamte, dem eine amtlich übergebene Sache abhandengekommen ist, die Beweislast dafür, daß ihn hinsichtlich des Abhandenkommens der Sache kein Verschulden trifft [112]). In RG.: 74, 342 wird die Beweislastentscheidung auf § 282 BGB. gestützt, dessen entsprechende Anwendung auf öffentlichrechtliche Verhältnisse bejaht wird. Das Reichsgericht bürdet dem Beamten auch die Entschuldungslast auf, wenn in der ihm anvertrauten Kasse Fehlbeträge festgestellt werden [113]). Die Beweislastentscheidung begründet das Reichsgericht in den meisten Fällen mit der entsprechenden Anwendung des für das bürgerliche Recht in § 282 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes. Wenn der aus dem erfolgten Rücktritt oder aus der vollzogenen Wandlung sich für den Gegner des Rücktrittsberechtigten (Verkäufer) ergebende Anspruch auf Rückgewähr infolge wesentlicher Verschlechterung oder Unterganges des Vertragsgegenstandes (Kaufsache) nicht erfüllt werden kann, hat der den Rücktritt Erklärende (Käufer) nach der einhelligen Ansicht des Reichsgerichts die Beweislast dafür, daß er die Verschlechterung oder den Untergang nicht zu vertreten hat (vgl. § 351 BGB.) [114]). Die

111) Vgl. z. B. RG. JW. 1936, S. 2391[7]; HRR. 1934, S. 1100.

112) RG.: 74, 342; RG. JW.: 1934, S. 2842[2]; RG.: 120, 67.

113) RG.: 149, 182 = JW. 1936, S. 723, Nr. 8; vgl. auch HRR. 1928, Nr. 822; OLG. Braunschweig in Seuff. Arch.: Bd. 62, Nr. 64.

114) Vgl. S. 136, 137 der Arbeit; RG. Warn. Rspr.: 1908, Nr. 621; RG. JW. Nr. 1904, S. 1406; RG. Recht 1911, Nr. 3434.

gleiche Beweislastverteilung läßt das Reichsgericht dann Platz greifen, wenn beim Unternehmer der vom Besteller gelieferte Stoff untergegangen oder verschlechtert ist[115]) oder wenn der Unternehmer an der ihm zur Arbeit anvertrauten Sache einen Schaden angerichtet hat[116]) oder wenn der Mieter die gemietete Sache mit Veränderungen oder Verschlechterungen zurückgibt[117]). In den vorgenannten Fällen handelt es sich in Wirklichkeit nicht um positive Forderungsverletzungen, sondern um gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit von Nebenpflichten (insbesondere von Erhaltungspflichten) oder um eine Unmöglichkeit der Hauptleistungspflicht. Auf der Grenze zwischen Unmöglichkeit einer selbständigen Nebenpflicht und positiver Forderungsverletzung liegt übrigens der Fall, in welchem der Unternehmer an der ihm als Arbeitsgerät anvertrauten Sache einen Schaden anrichtet.

Die dritte Gruppe von Entscheidungen lehnt es ab, die Hauptstreitfrage für sämtliche Fälle der positiven Forderungsverletzung einheitlich zu beantworten.

So stellt das Reichsgericht es in dem bekannten Fall, in welchem dem Gast statt des bestellten Selterswassers eine ätzende Flüssigkeit (Natronlauge) vorgesetzt wird, in der Entscheidung JW. 1908, S. 236[9] = Seuff. Arch. Bd. 63, Nr. 201, S. 357 = Warn. Rspr. 1908, Nr. 294 darauf ab, ob der Schaden lediglich durch eine bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses vorgenommene Handlung oder durch eine gerade zwecks der Erfüllung vorgenommene Handlung, d. h. also durch den Erfüllungsakt selbst oder durch die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung, verursacht worden ist. Im ersteren Falle wird dem Gläubiger, im letzteren dem Schuldner die Beweislast der Schuld bezw. der Nichtschuld auferlegt. Da das Reichsgericht in der Verabreichung der Flasche mit Natronlauge naturgemäß die Erfüllungshandlung selbst erblicken muß, legt es dem Gastwirt die Entschuldungslast auf. Diese Beweislastverteilung zu Lasten des Gastwirtes (Verkäufers) begründet das Reichsgericht auch damit, daß dem Kläger (Gast), dem der Einblick in die näheren Ursachen der Verwechselung verwehrt sei, der Beweis

115) RG.: 101, 153.

116) RG. JW. 1902, S. 428[40] (Bekl. hat eine Brig in ein Dock zu verholen, wobei sie schwer beschädigt wird).

117) Vgl. S. 147, 148 der Arbeit.

für ein Verschulden des Beklagten unmöglich zuzumuten sei. Die bloß bei Gelegenheit der Erfüllung, d. h. also anläßlich des Bestehens des Schuldverhältnisses vorgenommene Schädigung, die in keinem inneren Zusammenhang zu der Erfüllung des Schuldverhältnisses steht, kann nach der hier vertretenen Ansicht überhaupt nicht positive Forderungsverletzung sein. Sie ist allein Delikt im Rahmen eines Schuldverhältnisses. Auch die positiven Forderungsverletzungen der Gruppe 1 b sind nicht lediglich aus Anlaß des Schuldverhältnisses erfolgende Schadenszufügungen. Vielmehr muß auch bei ihnen die schädigende Handlung gerade zum Zwecke der Erfüllung vorgenommen worden sein oder doch mit der Erfüllungshandlung in einem inneren Zusammenhang stehen[118]). Die vorerwähnte Entscheidung grenzt daher in Wahrheit nur die positive Forderungsverletzung vom Delikt ab und steht streng genommen ganz auf dem Boden der Ansicht, welche dem Schuldner bei der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt.

Der Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1923, S. 286[3] = LZ. 1922, S. 618 = Seuff. Arch. Bd. 78, S. 18, Nr. 9 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: „Ein in einem Sanatorium behandelter Patient erleidet dadurch, daß ein vereister Waldweg des zum Sanatorium gehörigen Parkes nicht oder nur mangelhaft gestreut ist, einen Unfall." Das Reichsgericht vertritt in der Entscheidung die Ansicht, daß der § 282 BGB. dann nicht entsprechend zur Anwendung gelangen könne, wenn, wie in dem dargelegten Falle, die Erstattung eines Schadens verlangt werde, der nicht gerade in dem Ausbleiben der zugesagten oder gesetzlich festgelegten Vertragsleistung bestehe und weiter auch nicht durch eine unmittelbar der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung[119]), sondern mehr aus Anlaß des Vertragsverhältnisses durch eine sog. positive Vertragsverletzung, z. B. durch Unterlassung einer im Vertrage gar nicht besonders vorgesehenen, aber nach der Auffassung des Verkehrs auch ohne ausdrückliche Vereinbarung gebotenen Nebenverpflichtung verursacht worden sei. In der Besprechung dieser Entscheidung

118) So z. B., wenn die Schadenszufügung auf eine Unterlassung zurückzuführen ist.

119) Wie in dem Falle JW. 1908, S. 236 und JW. 1912, S. 682[5], in welchen Entscheidungen die Hauptstreitfrage jedoch nicht einheitlich beantwortet worden ist.

wird von Rabel mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß eine solche Unterscheidung der sich aus dem Vertrage ergebenden Pflichten die größten Schwierigkeiten bereiten müßte und daß auch praktische Gründe eine solche Unterscheidung und eine unterschiedliche Beweislastregelung je nach dem Inhalt der verletzen Pflicht nicht rechtfertigen. Nach Ansicht Rabel's ist es befremdlich, daß das Reichsgericht die durch Auslegung nach § 157 BGB. ermittelte Pflicht gegenüber der „ausdrücklich im Vertrage gebotenen" Pflicht und weiterhin sogar gegenüber den gesetzlichen Dispositivvorschriften nachteilig auszeichnen wolle, die doch selber nur Niederschläge von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte seien. Es sei auch ein reiner Zufall der Gesetzesgeschichte, ob eine schuldrechtliche nach § 157 BGB. ermittelte Treuepflicht vom Gesetzgeber zur Dispositivnorm erhoben worden sei oder nicht. Ebenso unhaltbar wie die Unterscheidung der positiven Forderungsverletzungen nach der Quelle und dem Gegenstand der verletzten Pflicht, ob vertraglich vereinbarte bezw. unmittelbar auf Gesetz beruhende Pflicht oder allgemeine nach § 157 BGB. zu ermittelnde Treupflicht, sei aber auch die Unterscheidung der positiven Forderungsverletzungen in solche, bei welchen der Schaden durch eine unmittelbar der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung eintrete, und solche, bei welchen im Gegensatz hierzu der Schaden mehr aus Anlaß des Vertragsverhältnisses entstehe. Die Begriffe „Anlaß" und „Gelegenheit" der Erfüllung oder Verrichtung seien schon bei §§ 278, 831 BGB. unerfreuliche Hilfsbegriffe, die herüberzunehmen mißlich sei. — Unter den aus Anlaß des Vertragsverhältnisses erfolgenden Schädigungen scheint das Reichsgericht alle Verletzungen von selbständigen oder unselbständigen Nebenverpflichtungen zu verstehen, wie daraus hervorgeht, daß das Reichsgericht in dem zur Erörterung stehenden Fall dem Verletzten die Beweislast auferlegt hat. Sobald nun aber überhaupt Pflichten verletzt werden, die aus dem Schuldverhältnis ihren näheren Inhalt erhalten, die ohne den Vertrag oder das sonstige Schuldverhältnis überhaupt nicht oder doch nicht in dieser Gestalt und mit diesem Inhalt bestehen würden, kann man ihre Verletzung, selbst wenn sie nicht unmittelbar die eigentliche Vertragsleistung (Hauptleistung) und ihre Erfüllung betreffen, unmöglich als eine nur aus Anlaß des Schuldverhältnisses zugefügte Schädigung betrachten. Aus An-

laß des Vertrages erfolgen nur solche Schädigungen, die weder mit der Erfüllung der Hauptleistungspflicht noch mit der Erfüllung der sich aus dem Schuldergebnis ergebenden Nebenpflichten in einem inneren Zusammenhang stehen. In dem zur Erörterung stehenden Fall handelt es sich daher gar nicht um eine nur aus Anlaß des Vertrages oder nur bei Gelegenheit der Erfüllung zugefügte Vermögensschädigung, sondern um eine Verletzung der sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden, gerade dem Patienten gegenüber in erhöhtem Maße bestehenden Nebenpflicht (Treupflicht), den vereisten Waldweg zu streuen. Nach der Ansicht des Reichsgerichts in der Entscheidung JW. 1923, S. 286[3] würden also sämtliche Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b als nur bei Gelegenheit der Erfüllung und aus Anlaß des Vertrages vorgenommene Forderungsverletzungen zu betrachten und die Beweislast für das Verschulden des Schuldners (Schädigers) in den Fällen der der Gruppe I b dem Gläubiger (Verletzten) und in den Fällen der Gruppe I a umgekehrt die Beweislast für seine Nichtschuld dem Schuldner aufzuerlegen sein. Die sog. herrschende Lehre muß sich demnach oft vor recht schwierige Abgrenzungsfragen gestellt sehen, wenn sie die Beweislast unterschiedlich verteilen will, je nachdem eine positive Forderungsverletzung der einen oder der anderen Gruppe zuzuweisen ist. Die unterschiedliche Beweislastverteilung nach der Quelle und dem Inhalt der verletzten Pflicht entbehrt nach den überzeugenden Ausführungen R a b e l's jeder inneren Berechtigung und die Unterscheidung zwischen einer Schadenszufügung, die durch eine der eigentlichen Vertragsleistung dienende Handlung verursacht worden ist und einer solchen, die mehr aus Anlaß des Schuldverhältnisses entsteht, muß als willkürlich angesehen werden, sofern man wie das Reichsgericht unter den aus Anlaß des Schuldverhältnisses erfolgenden Schadenszufügungen nicht etwa unerlaubte Handlungen, sondern Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b verstanden wissen will. Die unterschiedliche Beweislastverteilung ist nur geeignet, Verwirrung zu stiften und die Abgrenzung zwischen Delikt und positiver Forderungsverletzung zu erschweren. Allein eine für alle Fälle der positiven Forderungsverletzung gleiche Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens führt zu befriedigenden Ergebnissen und vermag eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten,

die dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit gerecht wird. Welch große Vorteile würden sich in dieser Hinsicht erst ergeben, wenn bei allen Erfüllungsverstößen die Beweislast in Ansehung der Schuld oder Nichtschuld einheitlich einer Partei auferlegt werden würde!

Wenn das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 90, S. 135 allgemein ausspricht, daß der Schuldner nach den Grundsätzen des Vertragsrechtes seine Nichtschuld zu beweisen habe, sofern er gegenständlich vertragswidrig gehandelt habe, so dürfte dies einer Beschränkung der Beweislastregel des § 282 BGB. auf die Fälle gleichkommen, in welchen der Leistungsgegenstand selbst durch die Verletzungshandlung in Mitleidenschaft gezogen und die Hauptleistungspflicht selbst verletzt wird. Dafür, daß das Reichsgericht damit habe zum Ausdruck bringen wollen, nur in den Fällen der Unmöglichkeit und des Verzuges treffe den Schuldner die Beweislast für seine Nichtschuld [120]), sind keine hinreichenden Anhaltspunkte gegeben, wenn es sich auch bei dem zugrundeliegenden Fall (Verletzung von Auftragspflichten durch den Beauftragten) wohl nicht um positive Forderungsverletzung in dem hier festgelegten Sinne sondern um aktive Unmöglichkeit handeln dürfte. Gegenständliche Vertragswidrigkeit steht also im Gegensatz zu der bei für sich genommenen ordnungsmäßiger Erfüllungsleistung dem Gläubiger durch die Art und Weise der Erfüllungshandlung zugefügten Schädigung bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b und man geht wohl nicht fehl, wenn man die Entscheidung des Reichsgerichts dahin auslegt, daß in Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit und in den Fällen der Gruppe I b dem Gläubiger die Beweislast für das Verschulden des Schuldners aufzuerlegen sei [121]). Es braucht hier nicht wiederholt zu werden, weswegen eine solche unterschiedliche Beweislastverteilung unhaltbar und vor allem auch unpraktisch ist.

Einen vollkommenen Verzicht auf eine abstrakte Beweislastverteilung enthalten all jene Entscheidungen, welche die Beweislast je nach der konkreten Sachlage verteilen wollen.

120) Leonhard, S. 336.

121) Ähnlich wie RG. JW. 1923, S. 286[3].

Zu dieser Gruppe von Entscheidungen gehört auch die bereits zitierte Entscheidung des Reichsgerichts in Warn. Rspr. 1934 Nr. 171, in welcher ausgesprochen wird, daß die Beweislast für das Vorliegen einer schuldhaften Vertragsverletzung nicht schlechthin und immer dem Verletzten obliege und daß insbesondere beim Beförderungsvertrag, Dienstvertrag und Gastaufnahmevertrag dem Schuldner die Beweispflicht dafür obliegen könne, daß eine im Rahmen der Vertragserfüllung geschehene Verletzung ohne sein Verschulden eingetreten sei. Darüber, wann denn nun den einen oder anderen Teil die Beweislast trifft, soll die Sachlage entscheiden. Eine solche Stellungnahme kommt einem Verzicht auf Beantwortung unserer Hauptstreitfrage gleich, wenn man die Entscheidung nicht dahin verstehen will, daß in Fällen ähnlicher Art ein Verschulden regelmäßig prima facie zu vermuten sei [122]). Unverständlich bleibt dann aber wieder, daß man anscheinend die Anwendung der Regeln vom Beweis des ersten Anscheins auf gewisse Vertragstypen (auf den Beförderungsvertrag, Gastaufnahmevertrag, Werk- und Dienstvertrag und auf jedes einem Werk- oder Dienstvertrag ähnliche Vertragsverhältnis [123])) beschränken und dem Prima-facie-Beweis eine die Beweislast umkehrende Wirkung beimessen will, wo doch nach der weitaus herrschenden Ansicht die Regeln vom Beweis des ersten Anscheins auf dem gesamten Rechtsgebiet des Schadensersatzrechtes Anwendung erheischen und gerade das Reichsgericht auch in neueren Entscheidungen [124]) wiederholt darauf hingewiesen hat, daß die Beweisannahme auf Grund ersten Anscheins keine Umkehrung der Beweislast bewirkt und der Prima-facie-Beweis dem Gebiete der Beweiswürdigung angehört und keine Beweislastregel ist. Gegen die Annahme, daß das Reichsgericht den Schuldner in den Entscheidungen Warn. Rspr. 1934 Nr. 171 und JW. 1935 S. 115 [5] nur für gegenbeweispflichtig hält, spricht übrigens, daß das Reichsgericht dem Schuldner in diesen Fällen den Beweis

---

122) Vgl. S. 180, 181 der Arbeit.

123) Vgl. RG. JW. 1935, S. 115[5].

124) So in RG.: 130, 359 = JW. 1932, S. 107; RG.: 132, 388 = JW. 1931, S. 3192; RG.: 134, 337 = JW. 1932, S. 939; RG.: 136, 359 = JW. 1932, S. 2704; RG.: 138, 201 = JW. 1933, S. 898; RG. JW. 1932, S. 1736[14]; RG. JW. 1931, S. 3210[14]; RG. JW. 1935, S. 2634[16] und S. 3540[11]; RG. JW. 1936, S. 1968[25] und S. 2434[5]; RG. Warn. Rspr. 1935, Nr. 60.

auferlegt, daß die objektiv erfolgte Verletzung trotz sorgfältigster Erfüllung der Vertragspflichten und trotz aller Vorsicht nicht habe abgewendet werden können, und daß es mithin von dem Schuldner den vollen Beweis seiner Schuldlosigkeit verlangt [125]). Dieser Umstand läßt die Annahme als nicht ganz abwegig erscheinen, daß das Reichsgericht für gewisse Vertragstypen die bei objektiver Pflichtverletzung regelmäßig bestehende tatsächliche Vermutung für ein Verschulden des Verletzers zu einer gesetzlichen Schuldvermutung fortzuentwickeln gedenkt, die nach der hier vertretenen Ansicht in allen Fällen der Verletzung bestehender Schuldverbindlichkeiten durchgreift. Jedenfalls ist die nicht genügende Trennung zwischen grundsätzlicher Beweislastverteilung und der Beweisannahme auf Grund ersten Anscheins, an der so viele Entscheidungen kranken [126]), die Hauptursache dafür, daß die Rechtsprechung zu der Hauptstreitfrage ein so wenig klares Bild bietet. Es ist zwar ein einfaches aber unmögliches Verfahren die Frage der grundsätzlichen Beweislastverteilung dahingestellt sein zu lassen, mit der Begründung, daß prima facie jedenfalls der Nachweis eines Verschuldens erbracht sei, sodaß der durch den Prima-facie-Beweis Beschwerte den Entlastungsbeweis zu führen habe [127]). — Eine unterschiedliche Beweislastverteilung je nach der Lage des Falles befürwortet auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg in Rspr. OLG. Bd. 28, S. 191, in welcher für einen Eisenbahnbetriebsunfall [128]) ausgeführt wird, daß sich die Frage, ob der verletzte Fahrgast das Verschulden des Unternehmers oder umgekehrt der Unternehmer zu beweisen habe, daß er oder sein Wagenführer die verkehrserforderliche Sorgfalt betätigt habe, in Ermangelung gesetzlicher Beweisregeln nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall beantworten lasse [129]). Die Entscheidung sieht prima facie den Beweis eines Verschuldens als erbracht an und hebt im Hinblick

125) Auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Warn. Rspr. 1934, Nr. 151, die sich mit dem durch mangelhafte Reinigung des Fußbodens verursachten Unfall eines Gastes beim Billardspielen zu befassen hatte, bürdet dem Gastwirt den vollen Beweis seiner Nichtschuld auf.

126) So z. B. auch die bereits angeführte Entscheidung RG.: 148, 148.

127) So OLG. Hamburg in Rspr. OLG. Bd. 28, S. 191.

128) Nach unserer Auffassung steht hier allerdings nur ein Fall der Unmöglichkeit in Frage.

129) Eine ähnliche Auffassung vertritt z. B. Fischer im Recht 1909, S. 103.

darauf hervor, daß es dieserhalb einerlei sei, wie man grundsätzlich die Beweislast regeln wolle. Da das Gesetz von einer starren Beweislastverteilung ausgeht, steht die in der Entscheidung vertretene Auffassung, die einer Verteilung der Beweislast durch den Richter gleichkommt, auch mit dem Gesetz nicht im Einklang. Dem Prima-facie-Beweis wird bei einer solchen gesetzwidrigen Verteilung der „Beweislast" eine Bedeutung eingeräumt, die ihm in Wirklichkeit nicht zukommt. Wenn eine Partei für ihre Nichtschuld beweisbelastet ist, so kann sie naturgemäß nicht durch einen Prima-facie-Schluß auf das Verschulden beschwert werden, wenn auch die an die Beweisführung des Beweisbelasteten zu stellenden Anforderungen sich gegebenenfalls erhöhen können.

§ 7:

Prima-facie-Beweis und Hauptstreitfrage. Schwierigkeiten in der Beweisführung.

Bildet die Anwendung der Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheins ein wirksames Korrektiv gegen Fehlentscheidungen, sofern man mit der sog. herrschenden Meinung die Beweislast dem Gläubiger auferlegt? Diese Frage drängt sich jedem auf, der die uneinheitliche Rechtsprechung der oberen Gerichte zu der Hauptstreitfrage einer näheren Betrachtung unterzieht; denn die Entscheidungen, in welchen das Reichsgericht zwar dem Gläubiger die Beweislast für das Verschulden auferlegt, prima facie aber dieses Verschulden als erwiesen ansieht, sind äußerst zahlreich. Die Beantwortung der obigen Frage ist schon in den allgemeinen Ausführungen über das Wesen des Prima-facie-Beweises vorweggenommen worden. Es ist niemals gleichgültig, ob eine Partei hauptbeweisbelastet oder auf Grund eines prima facie erbrachten Beweises nur gegenbeweispflichtig ist. Der Schuldner, dem lediglich die Widerlegung eines Prima-facie-Beweises im Wege des Gegenbeweises obliegt, braucht nur solche Umstände darzulegen, welche den Prima-facie-Schluß zu entkräften oder zu erschüttern geeignet sind, sodaß sich die Möglichkeit eines Herganges des Erfüllungsverstoßes ergibt, der ein Verschulden nicht be-

dingt [1]). Demgegenüber muß der Hauptbeweisbelastete den vollen Beweis seiner Schuldlosigkeit erbringen. Die Bürde, welche dem Gegenbeweisführer obliegt, wiegt daher wesentlich leichter als die den Hauptbeweispflichtigen treffende Beweislast für seine Schuldlosigkeit. Es leuchtet somit unschwer ein, daß in vielen Fällen dem Schuldner zwar die Widerlegung des prima facie erbrachten Beweises jedoch nicht der grundsätzlich weit schwierigere Beweis seiner Schuldlosigkeit gelingen wird. Der Prima-facie-Beweis wirkt also nur bis zur Führung des Gegenbeweises, nicht darüber hinaus [2]). Dem nur gegenbeweispflichtigen Schuldner steht im übrigen auch das Beweismittel der beantragten Parteivernehmung nicht zur Verfügung [3]). Die Anwendung der Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheins schwächt also zwar die für den Gläubiger nachteiligen Folgen seiner Beweislast wesentlich ab. Sie kann jedoch nicht als geeignetes Korrektiv gegen die Auswirkungen der von uns abgelehnten Beweislastverteilung zu Lasten des Gläubigers angesprochen werden. Die Erscheinung des Prima-facie-Beweises ist überdies auf die typischen Geschehensabläufe beschränkt und seine Grundsätze sind ja auch längst nicht in allen Fällen anwendbar. — Das Reichsgericht muß sich hinsichtlich der Anwendung der Grundsätze vom Beweis des ersten Anscheins, soweit es sich um den Verschuldensbeweis bei positiver Forderungsverletzung handelt, den Vorwurf der Willkürlichkeit gefallen lassen. Während es in der Entscheidung Bd. 66, S. 289 ff. ausdrücklich betont, daß ein Verschulden des Verkäufers des mit Rizinussamenkörnern durchsetzten Maises prima facie nicht als erwiesen angesehen werden könne, wendet es in anderen Fällen, die ähnlich gelagert sind, so z. B. in dem Falle, in welchem dem Gast statt des bestellten Selterswassers eine ätzende Lauge vorgesetzt wird, (RG. JW. 1912, S. 682 [5]) oder in dem Falle, in welchem der Gast durch die im Essen befindliche Sicherheitsnadel verletzt wird, (RG. Warn. Rspr. 1929 Nr. 159) ein Verschulden des Schuldners prima facie als erwiesen ansieht. In dem verkauften Viehfutter befanden sich

1) Vgl. im Recht 1915, Nr. 2243 und RG.: 97, 116.

2) So RG. JW. 1931, S. 3210, Nr. 14.

3) Anderer Ansicht diejenigen, die in der Erscheinung des Prima-facie-Beweises eine die Umkehrung der Beweislast bewirkende Beweislastnorm erblicken, vgl. S. 97 der Arbeit.

auch gefährliche, giftige und die Ursache für die anderweite Schädigung bildende Stoffe, deren Vorhandensein ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt erscheinen läßt, daß der Verkäufer bei der Erfüllung nicht sorgfältig genug vorgegangen ist. Der Verkäufer hat auch gegenständlich vertragswidrig gehandelt, da die Leistung selbst mangelhaft ist. Umso weniger ist es zu verstehen, daß das Reichsgericht hier nicht den Prima-facie-Schluß auf das Verschulden gezogen hat.

Es wird vielfach behauptet, daß die dem Schuldner obliegende Beweislast für seine Nichtschuld nicht den „vollen" Beweis der Schuldlosigkeit erfordere und daß die an die Beweisführung des Schuldners zu stellenden Anforderungen nicht über den Rahmen der dem Schuldner zwecks Widerlegung eines Prima-facie-Beweises notwendigen Gegenbeweisführung hinausgingen. Diese Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit gewiß unzutreffend. Die Nichtschuld und die Schuldlosigkeit sind negative Beweisthemata. Trotzdem sind stets positive Tatsachen Gegenstand des Beweises, wenn auch z. B. die Unkenntnis des Schuldners von gewissen Umständen und das Nichtwissen seine Schuldlosigkeit im Einzelfall begründen können. Auch der Nachweis reiner Negativen, bei dem sich allerdings große Beweisschwierigkeiten ergeben können, kann ja nur auf indirekte Weise durch den Beweis positiver Tatsachen geführt werden[4]). In aller Regel wird daher der mit dem Beweis seiner Nichtschuld belastete Schuldner seiner Beweispflicht genügen, wenn er all jene den Erfüllungshergang betreffenden Tatsachen darlegt, aus welchen sich ergibt, daß er bei der Erfüllung mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist. Er muß die Überzeugung des Richters von seiner Schuldlosigkeit positiv begründen und nicht etwa nur wie der auf Grund eines Prima-facie-Beweises Gegenbeweispflichtige die auf Grund des Prima-facie-Beweises gebildete Überzeugung erschüttern und die bloße Möglichkeit seiner Schuldlosigkeit dartun. Wenn also das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 74 S. 343 die Behauptung aufstellt, auch für das bürgerliche Recht werde durch die Bestimmung des § 282 BGB. nur die grundsätzliche Entlastungspflicht des Schuldners begründet und kein zwingender Beweis der Nichtschuld gefordert, so kann diese Ansicht keinesfalls

4) Rosenberg, S. 368, 369.

geteilt werden. Der Richter kann sich niemals mit einem nicht zwingenden oder nicht „vollen" Beweis begnügen. Auch der Prima-facie-Beweis begründet die volle Überzeugung des Richters von den durch ihn betroffenen Tatsachen. Gewiß beruhen die Beweisergebnisse auf einem mehr oder minder hohen Grad der Wahrscheinlichkeit [5]). Die Wahrscheinlichkeit muß jedoch immer so groß sein, daß der Beweis, sei es auch nur auf Grund des ersten Anscheins, „voll" erbracht ist. Ist nun auch der Satz, daß der beweisbelastete Schuldner nicht den zwingenden Beweis seiner Nichtschuld zu führen habe, als Beweislastregel oder auch als Beweiswürdigungsregel abzulehnen, so kann doch nicht bestritten werden, daß dort, wo wie bei dem Nachweis der Nichtschuld nicht selten auch Negativen Gegenstand des Beweises sind, im konkreten Falle oft nicht allzu strenge Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden können, wie überall da, wo sich für die beweisbelastete Partei erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben. So kann sich z. B. der Schuldner auf Grund der besonderen Sachlage unter Umständen schon durch den Nachweis entlasten, daß er in ähnlich oder gleich gelagerten Fällen stets die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, sofern auch nicht die geringsten Anhaltspunkte für das Vorliegen eines schuldhaften Handelns gegeben sind [6]). Sogar der bloße Nachweis, daß möglicherweise ein anderer Umstand die Ursache der Schadenszufügung sein könne, kann unter Umständen in Ausnahmefällen zur Entlastung ausreichen [7]). Wenn es in den Motiven zu § 239 E I BGB. Bd. II S. 47 heißt, daß nach den Umständen des Falles der Beweis der Nichtschuld schon dann als erbracht angesehen werden könne, wenn entgegenstehende Umstände nicht bekannt seien oder nicht bewiesen würden, so kann es sich hier nur um solche Fälle

5) Vgl. z. B. die Bestimmung des § 445 Abs. II ZPO., welche die beantragte Parteivernehmung dort für unzulässig erklärt, wo das Gegenteil der zu bekundenden Tatsachen bereits „voll" erwiesen ist. Die Ausnahmebestimmung des § 445 Abs. I ZPO. schließt nicht etwa den Gegenbeweis aus, sondern macht den Hauptbeweis durch die beantragte Vernehmung des Gegners des Beweisbelasteten dort unmöglich, wo der Gegner evtl. eine ihm günstige Prozeßlage durch seine Bekundungen gefährden und folglich in eine Gewissensnot und sogar Eidesnotstandslage gebracht werden könnte.

6) Vgl. JW. 1905, S. 392[10].

7) RG.: 74, 342; 78, 434; JW. 1912, S. 528; JW. 1913, S. 32[20]; (dieser Nachweis betrifft streng genommen allein die Frage des Kausalzusammenhangs).

handeln, in welchen prima facie auf Grund des feststehenden Sachverhalts der Nachweis der Nichtschuld als erbracht anzusehen ist, z. B. wenn der auf Grund des Sachverhalts feststehende Geschehensablauf auf Zufall oder höhere Gewalt als Schadensursache hinweist. Die allgemeinen Erfahrungssätze und insbesondere der Anscheinsbeweis entheben den beweisbelasteten Schuldner also mitunter der Beweisschwierigkeiten und ersparen ihm bei freier Beweiswürdigung vorerst den weiteren Beweis der Schuldlosigkeit. Da von dem hier zu der Hauptstreitfrage eigenommenen Standpunkt aus das Verschulden des Schuldners bei positiver Forderungsverletzung gesetzlich vermutet wird, so erschöpft sich also gerade die Bedeutung des Prima-facie-Beweises für die Hauptstreitfrage darin, daß er in vielen Fällen den Schuldner einer besonderen Beweisführung für seine Nichtschuld enthebt.

Im übrigen kann der Schuldner sich auch dadurch „entlasten", daß er durch direkten oder indirekten Gegenbeweis den Nachweis zu erbringen versucht, daß sein Verhalten für den Schaden nicht ursächlich war, indem er die näheren Umstände der Schadenszufügung dartut. Voraussetzung ist naturgemäß, daß der Schuldner nicht auf Grund der Bestimmung des § 282 BGB., soweit hiernach die Kausalität zwischen Handlung und Unmöglichkeit gesetzlich vermutet wird, ohnehin die Beweislast dafür trägt, daß sein Verhalten für den Eintritt der Unmöglichkeit nicht ursächlich war. Neben der unzulänglichen Trennung zwischen ursprünglicher Beweislastverteilung und Beweisführungspflicht auf Grund des Anscheinsbeweises, der nicht genügenden Unterscheidung zwischen Verschuldensnachweis und Kausalitätsbeweis und dem nicht ausreichenden Auseinanderhalten zwischen dem Nachweis des äußeren Störungstatbestandes der Obligation, der objektiven Rechtswidrigkeit und dem Verschuldensnachweis[8]) ist in der Erscheinung des indirekten Gegenbeweises eine Ursache für die widersprechende Beantwortung der Hauptstreitfrage zu erblicken. Der indirekte Gegenbeweis ist im Gegensatz zum direkten Gegenbeweis nicht auf unmittelbare Widerlegung der durch Hauptbeweis erwiesenen Tatsachen, sondern auf nur mittelbare Widerlegung durch Schlußfolgerung aus anderen Tatsachen gerichtet. Mit

8) Vgl. z. B. RG.: 150, 134, **139**, wo sich der bezeichnende Satz findet „die Gläubigerin muß die Vertragsverletzung und damit das Verschulden beweisen."

Hilfe anderer Tatsachen, die nicht Gegenstand des von dem Hauptbeweisbelasteten geführten Beweises gewesen sind, von denen aus aber der Schluß auf die Unwahrheit oder Zweifelhaftigkeit der bewiesenen Behauptung gezogen werden soll, versucht hier der Gegenbeweisführer die als bewiesen zu erachtende Behauptung zu widerlegen [9]). Wenn man z. B. dem Schuldner bei der positiven Forderungsverletzung die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt und den Beweis der Nichtschuld als geführt ansieht, so kann der Gläubiger versuchen dadurch den Beweis der Schuldlosigkeit zu widerlegen, daß er nachweist, daß der Schuldner in ähnlichen Fällen und bei ähnlichen Gelegenheiten wiederholt schuldhaft gehandelt hat oder daß der Schuldner dritten Personen gegenüber selbst zugegeben hat, schuldhaft gehandelt zu haben usw. Es ist nun zwar richtig, daß die Tatsachen, auf die der indirekte Gegenbeweis gestützt werden soll, einwandfrei erwiesen sein müssen, wenn mit ihnen der Hauptbeweis angegriffen und erschüttert werden soll; trotzdem kann man jedoch nicht davon sprechen, daß den Gegenbeweisführer die Beweislast für das Vorliegen dieser „anderen Tatsachen" treffe, da eine Beweislast nur in Ansehung solcher Tatsachen in Betracht kommt, die auf Grund eines abstrakten Rechtssatzes festgestellt sein müssen, um eine bestimmte Rechtswirkung auszulösen. Diese anderen Tatsachen stehen eben mit dem gesetzlichen Beweisthema nicht in unmittelbarem Zusammenhang. Hieraus erklärt es sich auch, daß man trotz § 445 ZPO. die beantragte Parteivernehmung des Hauptbeweisbelasteten über solche Tatsachen für zulässig erklärt, durch die ein indirekter Gegenbeweis geführt werden soll. In Fällen, in welchen der Versuch unternommen wird, einen indirekten Gegenbeweis zu führen, kann also leicht der Eindruck hervorgerufen werden, als trage der Gegenbeweisführer auch die Beweislast für das Vorliegen der Tatsache, die erst durch Schlußfolgerung aus den „anderen" Tatsachen erwiesen werden soll, während in Wirklichkeit sowohl der indirekte wie der direkte Gegenbeweis keinerlei Einfluß auf die Beweislastverteilung ausüben.

Immer dort, wo sich aus der starren Beweislastverteilung für den Schuldner im Einzelfall ein Beweisnotstand

9) Rosenberg, S. 220, 221.

ergibt, greifen demnach ausgleichend die Grundsätze der freien Beweiswürdigung ein. Insbesondere sind es die Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheins, die insoweit einen modifizierenden Einfluß ausüben und dem im geltenden Recht herrschenden Prinzip der starren (abstrakten) Beweislastverteilung eine gewisse Elastizität verleihen. Auch die beim Gläubiger verbleibende Behauptungslast kann unter Umständen die sich für den Schuldner ergebenden Schwierigkeiten in der Beweisführung beim Nachweise der Schuldlosigkeit abschwächen. Wenn z. B. von dem Gläubiger ein vorsätzliches Handeln des Schuldners behauptet wird, so wird im allgemeinen von dem Gläubiger erwartet werden dürfen, daß er sein Vorbringen mehr als gewöhnlich substantiert, zumal er hinsichtlich des äußeren Verletzungstatbestandes beweispflichtig ist und die Erfahrung lehrt, daß vorsätzliche Verstöße bei der Vornahme der Erfüllungshandlung sich nur höchst selten ereignen[10]). An der Beweislast wird durch diesen Umstand nichts geändert wie überhaupt in allen Fällen, in welchen Schwierigkeiten in der Beweisführung auftreten. Trotzdem es sich bei dem Nachweis der Nichtschuld um ein negatives Beweisthema handelt, kann doch gesagt werden, daß sich bei einer Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners nicht so häufig eine Beweisnotstandslage ergeben wird wie bei der umgekehrten Beweislastverteilung zu Ungunsten des Gläubigers. Der Schuldner, der die Erfüllung vorzunehmen hat, — und zwar gewöhnlich dort, wo er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte bezw. am Sitz des von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmens (§ 269 BGB.) —, hat regelmäßig eine viel bessere Einsichtsmöglichkeit hinsichtlich der Umstände, die bei der Erfüllung zu einer Schädigung des Gläubigers geführt haben, als der Gläubiger. Oft erfolgt die Schädigung in einem durch den Gewerbebetrieb des Schuldners geschaffenen Gefahrenkreis, sodaß die näheren Umstände einer Schadenszufügung für den Gläubiger nicht selten nur mit großen Schwierigkeiten oder gar nicht zu erkennen sind. Der Schuldner steht also, wie man zu sagen pflegt, dem Beweis der Nichtschuld erheblich näher als der Gläubiger dem Nachweise des Verschuldens. Dieser inneren Beziehung der Parteien zum Beweisthema wird die

10) Vgl. Leonhard, S. 327.

Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners bei sämtlichen Erfüllungsverstößen in hohem Maße gerecht.

§ 8:

Die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung und die Art ihrer Geltendmachung in ihrer Bedeutung für die Beweislastfrage.

Beweislast bei positiver Forderungsverletzung im gegenseitigen Vertrag.

Der von uns aufgestellte Grundsatz „der Verletzte (Gläubiger) trägt die Beweislast für den äußeren Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung [1]), der Verletzer (Schuldner) die Beweislast für seine Schuldlosigkeit" hat ausnahmslose Allgemeingültigkeit, gleich welcher Art die Rechtsfolgen sind, die aus dem angeblichen Vorliegen einer positiven Forderungsverletzung abgeleitet werden. Bisher ist nur die wichtigste Rechtsfolge der positiven Forderungsverletzung, der Schadensersatzanspruch, Gegenstand der Erörterung über Beweislastfragen gewesen. Ob diese Rechtsfolge im Rechtsstreit angriffsweise oder zur Verteidigung geltendgemacht wird, ob der Schadensersatzanspruch vom Gläubiger eingeklagt oder von ihm als Beklagten zur Aufrechnung gestellt oder ob auf diesen Schadensersatzanspruch ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) gestützt wird, sofern er aus demselben rechtlichen Verhältnis stammt, auf dem die Klageforderung beruht, ist für die Beweislastverteilung vollkommen unerheblich. Wer sich auf eine positive Forderungsverletzung beruft, muß den äußeren Verletzungstatbestand beweisen, während dem Schädiger der Beweis seiner Schuldlosigkeit obliegt. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn bei einer positiven Vertragsverletzung an Stelle des Schadensersatzanspruches oder neben dem Schadensersatzanspruch ein Rücktrittsrecht geltendgemacht wird oder wenn im gegenseitigen Vertrage der Leistungsklage des Vertragsgegners der Rücktritt vom Vertrage wegen positiver

1) Soweit nicht bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a gemäß § 282 BGB. der Kausalzusammenhang gesetzlich vermutet wird.

Forderungsverletzung des Klägers entgegengesetzt wird. In den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a folgt das Rücktrittsrecht oft aus der gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung (§§ 325, 326 BGB.). Es ist daher insoweit keine Rechtsfolge der positiven Forderungsverletzung. Das Rücktrittsrecht kann in diesen Fällen an Stelle des Anspruchs auf Ersatz des typischen Nichterfüllungsschadens geltendgemacht werden. Die für die positive Forderungsverletzung charakteristische Rechtsfolge, der Anspruch auf Ersatz des „anderweiten" Schadens, tritt in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a neben die Rechtsfolgen der zugleich vorliegenden gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung[2]). Der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung ist daher in diesen Fällen neben dem Rücktrittsrecht gegeben. Es lassen sich nun aber auch sehr wohl Fälle denken, in denen die teilweise Nichterfüllung für sich allein ein Rücktrittsrecht nicht begründen würde, in welchen sich aber die durch die schuldhaft mangelhafte Erfüllung weiter verursachte Schädigung in ihren Folgen als ein den Vertragszweck derart gefährdender Verstoß darstellt, daß dem Gegner das Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Auch in diesen Fällen, in welchen sich das Rücktrittsrecht aus der eigentlichen positiven Forderungsverletzung ergibt, ist der Gläubiger nicht darauf angewiesen, zu wählen, ob er entweder den Anspruch auf Ersatz des anderweiten Schadens oder das Rücktrittsrecht geltendmachen will. Das Rücktrittsrecht, das ja nur bei schwerwiegenden Verstößen in Betracht kommt, ist auch hier neben dem Schadensersatzanspruch auf Ersatz des über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schadens gegeben. Das Gleiche gilt bei den positiven Forderungsverletzungen der Gruppe I b, wenn bei ihnen ausnahmsweise infolge Erschütterung der Vertragsgrundlage oder bei Gefährdung des Vertragszweckes ein Rücktrittsrecht begründet ist. Eine größere Bedeutung als bei der positiven Forderungsverletzung in dem hier festgelegten Sinne kommt dem Rücktrittsrecht übrigens bei denjenigen Verstößen gegen bestehende Vertragspflichten zu, die wir unter der Gruppe III zusammengefaßt haben, die häufig fälschlicherweise als positive Ver-

2) Und gegebenenfalls auch neben die ädilizischen Rechtsbehelfe.

tragsverletzungen bezeichnet werden und unter welchen die Fälle der ernsthaften Erfüllungsverweigerung besonders hervorragen [3]). Behauptet beim gegenseitigen Vertrage der Gegner desjenigen, der gestützt auf eine positive Forderungsverletzung den Rücktritt vom Vertrage erklärt, daß der dem Rücktritt Erklärende selbst seine Vertragspflichten nicht ordnungsmäßig erfüllt und vertragswidrig gehandelt habe, sodaß aus diesem Grunde der Rücktritt ausgeschlossen sei, so trägt der Gegner der den Rücktritt erklärenden Vertragspartei die Beweislast für das vertragswidrige Verhalten des Zurücktretenden, während letzterer den Nachweis seiner Nichtschuld zu erbringen hat [4]). Für die Beweislastverteilung ist es, wie ausgeführt, völlig gleichgültig, ob der Gläubiger (Verletzte) auf Grund des erklärten Rücktritts auf Rückgewähr der bereits erfolgten eigenen Leistung klagt oder ob der Klage des Vertragsgegners auf die Gegenleistung der Rücktritt vom Vertrage entgegengesetzt wird.

Im gegenseitigen Vertrage kann der durch eine positive Forderungsverletzung geschädigte Vertragsteil regelmäßig nicht die Einrede des nicht bezw. nicht gehörig erfüllten Vertrages geltendmachen; denn in den Fällen der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b wird das Synallagma des Vertrages nicht gestört und im übrigen ist die Einrede des nicht bezw. nicht gehörig erfüllten Vertrages nur dann gegeben, wenn die vollständige und mangelfreie Leistung noch erbracht werden kann, wie aus § 322 BGB. hervorgeht. Dem durch eine positive Forderungsverletzung geschädigten Vertragsteil steht jedoch regelmäßig ein Zurückbehaltungsrecht zu. Er kann die ihm obliegende Leistung solange verweigern, bis ihm der „anderweite" Schaden ersetzt worden oder ihm Sicherheit geleistet worden ist. Der Geschädigte, der das Zurückbehaltungsrecht geltendmacht, braucht auch hier nicht mehr nachzuweisen als den äußeren Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung, während den Gegner, der auf unbedingter Verurteilung besteht, (vgl. § 274 BGB.), die Beweislast für seine Schuldlosigkeit trifft. Gelingt ihm weder der Beweis ordnungsmäßiger Erfüllung der eigenen Leistung noch der Beweis seiner Schuld-

3) Vgl. z. B. RG. JW. 1936, S. 917 [5]; RG. JW. 1936, S. 2391 [7]; RG. JW. 1935, S. 2624 [6]; ferner auch S. 47, 48 der Arbeit.

4) Vgl. insbesondere RG. JW. 1936, S. 917 [5].

losigkeit im Falle der Schlechterfüllung [5]), so kann der die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes geltendmachende Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug gegen Empfangnahme der Ersatzleistung aus positiver Forderungsverletzung verurteilt werden. Ist die Forderung, der gegenüber das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, eine Geldforderung, wie dies in den meisten Fällen zutreffen wird, so kommt die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen positiver Forderungsverletzung einer Aufrechnung gleich [6]).

Das eigene Verschulden des durch eine positive Forderungsverletzung Geschädigten stellt sich regelmäßig nicht als ein Verstoß des Geschädigten gegen die ihm obliegenden Vertragspflichten dar. Wenn also der aus einer positiven Forderungsverletzung in Anspruch genommene Beklagte einwendet, der Schaden sei ganz oder zum Teil auf ein Verschulden des Klägers zurückzuführen, so muß er außer seiner eigenen Schuldlosigkeit auch das Verschulden des Klägers beweisen; denn die gesetzliche Schuldvermutung kann hier ja nicht durchgreifen, wo es sich nicht um die Verletzung sich aus dem Vertrage ergebender Verpflichtungen handelt. Die allgemeine gesetzliche Schuldvermutung besagt ja auch lediglich, daß denjenigen, dem die Leistung obliegt, an der objektiv vorliegenden Nicht- oder Schlechterfüllung ein Verschulden trifft, nicht aber den Vertragsgegner, der bei der Bewirkung der Leistung regelmäßig gar nicht beteiligt ist. So legt die herrschende Ansicht dem Vertragsteil, der bei unverschuldeter Unmöglichkeit der eigenen Leistung, den Anspruch auf die Gegenleistung erhebt, die Beweislast dafür auf, daß der Vertragsteil, dem die Leistung noch möglich ist, (Beklagter) die Unmöglichkeit der Gegenleistung verschuldet hat [7]), (§ 324 BGB), und zwar zum großen Teil mit der Begründung, daß die Beweislast für das Verschulden oder die Schuldlosigkeit des Gläubigers durch

5) Schlechterfüllung im Zitelmann'schen Sinne.

6) Der Einwand aus § 273 BGB. (oder auch aus § 320 BGB.) ist eine wirkliche Einrede, die nur dann zu beachten ist, wenn der Schuldner sich auf sie ausdrücklich beruft.

7) So z. B. Staudinger z. § 324, Anm. 8; Warn. Kom. zu § 324, VI; Kisch: Unmöglichkeit, S. 40 ff.; Planck zu § 323, Anm. 1; Enneccerus zu § 273, Anm. 2 mit der Begründung, daß das Verschulden des Vertragsgegners Voraussetzung für das Fortbestehen des Anspruchs auf die Gegenleistung sei; and. Ans. Leonhard, S. 351, 352.

§ 282 BGB. nicht geregelt werde. Wenn der aus einer positiven Forderungsverletzung in Anspruch Genommene also konkurrierendes Verschulden des Verletzten einwendet, so muß er grundsätzlich dies konkurrierende Verschulden nachweisen. Insoweit deckt sich die Beweislastentscheidung in Ansehung der Mitschuld mit derjenigen hinsichtlich der Mitverursachung. Ausnahmsweise kann nun allerdings die mitursächliche Handlung des durch eine positive Forderungsverletzung Geschädigten eine Verletzung von Vertragspflichten enthalten, so z. B., wenn der Gläubiger (Geschädigte) nach dem Vertragsinhalt bei der Erfüllung mitzuwirken und besondere Vorbereitungen für die Erfüllungshandlung zu treffen hatte und er hierbei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist, worauf die ihm zugefügte Vermögensschädigung teilweise zurückzuführen ist. Wenn der Gläubiger (Verletzte) in diesen Fällen auch nicht dem Vertragsgegner (Schädiger) einen Schaden zufügt, sondern gegen seine eigenen Interessen verstößt und sich selbst schädigt [8]), so ist es doch gerechtfertigt, ihm in diesen Ausnahmefällen, in welchen es sich also um die Verletzung vertraglicher Pflichten handelt, die Beweislast für seine Nichtschuld aufzuerlegen. Das Vorliegen einer den Schaden mitverursachenden Handlung oder Unterlassung steht hingegen zur Beweislast des Schuldners (Schädigers) [9]). Der Grundsatz, daß der aus einer positiven Vertragsverletzung in Anspruch genommene Vertragsteil die Beweislast für ein von ihm behauptetes konkurrierendes Verschulden des Geschädigten trägt, bedarf also insofern der Einschränkung, als bei mitursächlicher Verletzung bestehender Schuldverpflichtungen durch den Verletzten, d. h. also bei vertraglicher Verantwortlichkeit des Verletzten für den eingetretenen Schaden, der Verletzte sich in Ansehung des behaupteten eigenen Verschuldens zu entlasten hat [10]). — Eine vertragliche Verantwortlichkeit trifft z. B. in dem bereits angeführten Fall den durch eine unerlaubte Handlung verletzten Hufschmied, der durch das ihm zum Beschlagen anvertraute Pferd verletzt worden ist und gegen seinen Ver-

8) Man spricht hier oft von „Verschulden gegen sich selbst", vgl. von Tuhr, Allg. Teil, II. Bd., 2. Hälfte, S. 494/5.

9) So auch Rosenberg, S. 398.

10) Leonhard, S. 319; Rosenberg, S. 406 ff.

tragsgegner auf Schadensersatz klagt [11]). Wenn der Beklagte in diesem Falle eigenes Verschulden des Klägers einwendet, das z. B. in einer Verletzung der Aufsichtspflicht bestehen soll, so muß der Kläger, wenn er die Anwendung des § 254 BGB. ausschließen will, nachweisen, daß ihn kein Verschulden bei der Erfüllung seiner Vertragspflichten trifft und daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat [12]). Ändert man z. B. den Beispielsfall dahin ab, daß beim Beschlagen des Pferdes durch unsachgemäße Behandlung nicht nur der Hufschmied sondern auch der beim Beschlagen anwesende Eigentümer bezw. Besitzer des Pferdes verletzt wird, so kann hier der beklagte Tierhalter dem klagenden Hufschmied gegenüber einwenden, daß der Schaden durch eine von ihm begangene positive Forderungsverletzung mitverursacht worden sei. An Stelle dieser Einrede des Mitverschuldens in Gestalt einer positiven Forderungsverletzung kann der Beklagte aber auch die Aufrechnung mit der ihm angeblich aus positiver Forderungsverletzung zustehenden Gegenforderung erklären. Überall gilt aber die so einfache Beweislastregel „der Gläubiger (Geschädigte) der sich auf eine positive Forderungsverletzung beruft, muß den äußeren Tatbestand der Forderungsverletzung, der Schuldner (Schädiger) seine Schuldlosigkeit beweisen."

Es kann sich nun auch ereignen, daß durch eine dem Gläubiger gegenüber begangene positive Forderungsverletzung zugleich auch einem Dritten ein Schaden zugefügt wird. Steht der Gläubiger zu diesem Dritten in einem Schuldverhältnis, das ihn dem Dritten gegenüber für den diesem durch den Schuldner zugefügten Schaden ersatzpflichtig macht, so kann er regelmäßig auch den Schaden des Dritten im eigenen Namen gegen den Schuldner geltend machen. In diesen Fällen spricht man allgemein von der Schadensbegründung aus der Person eines Dritten. Solche Fälle der Schadensbegründung aus der Person eines Dritten sind insbesondere auch dann gegeben, wenn das Schuldverhältnis mit dem Schuldner von dem Gläubiger zwar im eigenen Namen, jedoch im Interesse und für Rechnung des Dritten eingegangen worden ist. Klagt der Gläubiger den auf

11) Etwa auch mit der Begründung, daß der Beklagte verschwiegen habe, daß das Pferd ein Schläger sei, (also gestützt auf eine positive Forderungsverletzung), vgl. insbesondere RG. in HRR. 1935, S. 1127.

12) Vgl. RG.: 61, 55; 58, 413.

Grund einer Forderungsverletzung dem Dritten zugefügten Schaden ein, so muß auch hier der Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit tragen, und zwar auch dann, wenn dem Gläubiger selbst überhaupt kein Schaden entstanden ist, etwa deswegen, weil die beschädigten Gegenstände dem Dritten gehören. Wenn z. B. das dem Kommitenten gehörige Kommissionsgut auf Grund einer positiven Forderungsverletzung des Schuldners beschädigt oder zerstört worden ist und der Kommissionär den Schaden des Kommitenten einklagt, so bleibt die Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens die gleiche, wie wenn der Kommissionär nicht Ersatz des fremden, sondern des etwa entstandenen eigenen Schadens geltend machen würde; denn es handelt sich eben um einen durch positive Forderungsverletzung zugefügten Schaden. Das im § 249 BGB. ausgesprochene Prinzip der Naturalrestitution ist es übrigens, auf dem letzten Endes die Berücksichtigung des Schadens des Dritten beruht. Der Umstand, daß der Ersatzpflichtige den Zustand herzustellen hat, der ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis vorhanden sein würde, wirkt notwendig auch zum Vorteil des Dritten. So wird man es z. B. auch für zulässig halten müssen, daß der Besteller von Waren, die verdorben waren und an deren Genuß seine Familienangehörigen erkrankt sind, den gesamten durch die Mangelhaftigkeit ihm und seinen Familienangehörigen und unter Umständen auch den seinen Gästen zugefügten Schaden im eigenen Namen als selbständigen, ihm persönlich zustehenden Schadensersatzanspruch einklagt. Auch in diesem Falle trägt der Schuldner (Verkäufer) die Beweislast für seine Nichtschuld. — Eine andere Frage ist es, obder Dritte den ihm zugefügten Schaden im eigenen Namen geltend machen kann, ohne das Verschulden des Schuldners nachweisen zu müssen. Den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung kann der Dritte, der ja zu dem Schuldner in keinerlei rechtsgeschäftlichen Beziehungen steht, grundsätzlich nur auf Grund einer besonderen Abtretung oder einer ausdrücklichen Einwilligung des Gläubigers geltend machen [13]). Im letzteren Falle klagt er einen vertraglichen Schadensersatzanspruch ein, demgegenüber sich der Schuldner

13) Ausnahmsweise kann z. B. bei einem echten Vertrage zugunsten eines Dritten dem Dritten ein unmittelbarer vertraglicher Schadensersatzanspruch zustehen; vgl. auch RG.: 91, 21; 102, 231.

exkulpieren muß. Liegt weder eine Abtretung noch eine Einwilligung vor, so kann der Dritte regelmäßig nur aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung Ersatz des ihm zugefügten Schadens verlangen und muß hier das Verschulden als Voraussetzung der Haftung beweisen. So hat das Reichsgericht auch in dem der Entscheidung Bd. 93, S. 39 zugrundeliegenden Fall die Beweislastfrage beantwortet: „eine Hamburger Firma hatte hier von dem Kläger einen Schiffskahn gemietet. Diesen ließ sie von dem Beklagten mit dem diesem gehörigen Schlepper durch den Reiherstieg in Hamburg schleppen. Hierbei wurde der Kahn beschädigt und sank. Der Kläger als Eigner des gesunkenen Kahns nahm den Beklagten (Schlepper) auf Schadensersatz in Anspruch" [14]). Das Reichsgericht hat in der Entscheidung mit Recht dem Beklagten die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt, da die Hamburger Firma ihre Rechte aus dem Schleppvertrage an den Kläger abgetreten hatte. Das Reichsgericht führt aus, daß die Hamburger Firma — infolge der Abtretung der Rechte aus dem Schleppvertrage — das Interesse des geschädigten Eigentümers (Klägers) mit der Vertragsklage, die den Schädiger zur Exkulpation zwinge, nicht wahrnehmen könne und daß der Eigentümer, wenn er seinerseits aus eigenem Rechte klagen würde, die volle Beweislast auf sich nehmen müßte. Ein solches Ergebnis — meint das Reichsgericht — würde keine gesunde rechtliche Regelung derartiger Streitfälle darstellen, weshalb sich auch der Beklagte dem Zessionar gegenüber exkulpieren müsse.

Der Umstand, daß ein Dritter kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäftes berechtigt ist, einen dem Gläubiger zustehenden Anspruch aus positiver Forderungsverletzung im Prozeß im eigenen Namen geltendzumachen (Fall der Prozeßstandschaft), wirkt auf die Beweislastverteilung nicht im geringsten ein, da der Gläubiger materiell Prozeßpartei bleibt.

Ebenso wie es für die Beantwortung der von uns erörterten Beweislastfragen gleichgültig ist, welche materiellen Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung geltend gemacht werden, ist auch die Parteirolle im Prozeß und die prozessual verschiedene Art der Geltendmachung der Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung für die Beweislastverteilung

14) Es dürfte sich allerdings wohl mehr um einen Fall der Schlechterfüllung (teilweisen Unmöglichkeit) handeln.

ohne jede Bedeutung [15]). Das ist eine Folge der von uns vertretenen Auffassung, daß sich die Beweislastfragen allein aus dem materiellen Recht lösen lassen. Nicht die zufällige Parteirolle und die prozessuale Art der Geltendmachung, sondern die abstrakten materiellrechtlichen Rechtssätze und die Beziehung zwischen Partei und geltend gemachter Rechtsfolge sind entscheidend für die Beweislastverteilung. Unerheblich für die Beweislastverteilung ist es daher auch, ob eine positive Forderungsverletzung Gegenstand einer Leistungs- oder Verurteilungsklage, einer Rechtsgestaltungsklage [16]), einer Unterlassungsklage, einer positiven Feststellungsklage oder auch einer negativen Feststellungsklage ist oder ob die Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung von dem Beklagten etwa einredeweise, im Wege der Aufrechnung oder durch Widerklage geltend gemacht werden. Hinsichtlich der negativen Feststellungsklage wird vielfach gelehrt, der Kläger habe zu beweisen, daß das Recht, dessen sich der Beklagte berühme, nicht bestehe [17]). Mit Recht wird jedoch diese Ansicht von der herrschenden Lehre nicht geteilt [18]). Der § 256 ZPO. verleiht demjenigen, dessen Rechtssphäre durch ein Verhalten dritter Personen verletzt wird, einen besonders gearteten Rechtsschutz, einen besonderen Anspruch, der seiner Natur nach nicht dem materiellen Recht, sondern dem Prozeßrecht angehört und den wir als prozessualen Feststellungsanspruch bezeichnen können. Bei der negativen Feststellungsklage stehen lediglich die Voraussetzungen dieses prozessualen Feststellungsanspruches, d. h. die Tatsachen, die für den Kläger das Bedürfnis nach Schaffung klarer Verhältnisse und alsbaldiger richterlicher Feststellung begründen, zur Beweislast des Klägers. Hat der Kläger den Nachweis der Verletzung seiner Rechtssphäre erbracht und das Interesse an der alsbaldigen Feststellung dargetan, so ist es demgegenüber Sache des Beklagten, den Nachweis für die Entstehung des Rechtes zu führen, dessen er sich berühmt hat,

---

15) Vgl. Rosenberg, S. 201.

16) Z. B. in Form einer Vollstreckungsgegenklage.

17) So Leonhard, S. 421; RG.: 7, 375; RG. Seuff. Arch. Bd. 37, Nr. 2 = Gruch. Beitr. Bd. 26, S. 839 ff.; Wach, Feststellungsanspruch, S. 11, 24, 45. Anm. 71.

18) Rosenberg, S. 201, 202; Gaupp-Stein-Jonas zu § 256, IV, 5; RG.: 9, 340 ff.; RG.: 14, 91; RG. in Seuff. Arch. Bd. 62, Nr. 96.

sofern er seine sofortige Verurteilung abwenden will. Nicht der Kläger, sondern der ein Recht für sich in Anspruch nehmende Beklagte macht materiell einen Rechtsanspruch geltend und trägt demgemäß die Beweislast für die Entstehungstatsachen des Anspruchs, dessen er sich berühmt hat. Es wäre im übrigen auch ein unhaltbares Ergebnis, wenn der Beklagte, der sich eines Anspruchs berühmt, bei der negativen Feststellungsklage von der Beweislast befreit sein würde, während er, wenn er den Anspruch im Wege der Leistungsklage oder positiven Feststellungsklage geltend macht, die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruches zu tragen hätte. Leonhard[19]) hält es umgekehrt für unbillig, daß der Nachteil der unaufklärbaren Ungewißheit bei der negativen Feststellungsklage den Beklagten treffen solle. Anderenfalls könne nämlich bei gegenseitigen Verträgen sich jeder Gläubiger dadurch seiner Beweispflicht entziehen, daß er nicht die positive Feststellung seines Anspruches, sondern die negative des Gegenanspruches fordere. Zu dieser Ansicht Leonhard's ist zu bemerken, daß einmal im gegenseitigen Vertrage das Bestehen des Gegenanspruchs noch keinesfalls ohne weiteres das Bestehen des eigenen Anspruches bedingt und ebenso das Nichtbestehen des Gegenanspruches noch nicht das Nichtbestehen des eigenen Anspruchs[20]), weiter die Voraussetzungen für eine negative Feststellungsklage im allgemeinen nicht gegeben sein werden, wenn der Kläger die seinem Vertragsgegner obliegende Leistung einklagen kann und überdies dem Kläger mit der negativen oder auch, sofern dem Beklagten der Nachweis des Bestehens des Gegenanspruches gelingt, positiven Feststellung der Gegenforderung nicht gedient ist, da sie ihm in Ansehung seines eigenen Anspruches eine Vollstreckungsmöglichkeit nicht verschafft, so daß die Gefahr eines solchen Vorgehens nicht als allzu groß bezeichnet werden könnte. Die Behauptungslast für das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses trägt bei der negativen Feststellungsklage allerdings der Kläger. Die Behauptung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses gehört zur Schlüssigkeit der Klage. Dies

19) Leonhard, S. 421.

20) Vgl. § 323 BGB.; auch in den Fällen des § 324 Abs. I und II BGB. hat das Nichtbestehen der Gegenforderung nicht zugleich das Nichtbestehen der eigenen Forderung zur Folge.

schließt jedoch nicht aus, daß der Beklagte umgekehrt für das Vorliegen der Entstehungstatsachen die Behauptungs- und die Beweislast trägt. Stellt der Beklagte nicht die Behauptung auf, daß ihm ein Anspruch gegen den Kläger zustehe, so verliert er ohne weiteres den Rechtsstreit, sofern nur der Kläger sein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dargetan hat. Der Kläger ist übrigens insoweit beweisbelastet, als er rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen vorbringt, welche die Nichtexistenz des vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechts begründen sollen [21]). Die Beweislast regelt sich also bei der negativen Feststellungsklage in nichts anders, als wenn der Beklagte im Wege der Leistungs- oder positiven Feststellungsklage den Anspruch, dessen er sich berühmt, geltend machen würde [22]). Die negative Feststellungsklage ist insofern nur das Spiegelbild der positiven Leistungsklage. Die materielle Rechtslage, nicht die Parteirolle entscheidet über die Beweislast. Auch wenn also der Schuldner im Wege der negativen Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schadensersatzforderung aus positiver Forderungsverletzung klagt, bleibt die Beweislastverteilung stets die gleiche: der Verletzte (Beklagte bei der negativen Feststellungsklage) muß den äußeren Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung, der Verletzer (Kläger) seine Nichtschuld beweisen. Nach Ansicht Leonhard's, der, wie ausgeführt, bei der Leistungsklage dem Kläger die Beweislast für das Verschulden des Beklagten in Ansehung einer positiven Forderungsverletzung auferlegt, müßte also der Kläger die Beweislast für das Nichtvorliegen einer Forderungsverletzung sowie für seine Nichtschuld tragen. Die Belastung des Klägers mit dem Nachweis einer so unbestimmten Negative, wie der Nachweis des Nichtvorliegens einer Forderungsverletzung sie darstellt, würde unzuträgliche Beweisschwierigkeiten im Gefolge haben.

---

21) So Gaupp-Stein-Jonas zu § 256, IV; Rosenberg, S. 202.
22) So übrigens auch die Motive zur ZPO. S. 201.

§ 9:

Die Beweislast in Ansehung der Zurechnungsfähigkeit.

Mit der Schuldfrage ist die Frage der Zurechnungsfähigkeit untrennbar verbunden. Die Zurechnungsfähigkeit gehört mit zum Begriff des Verschuldens. Das Gesetz vermutet die Zurechnungsfähigkeit, wenn außer ihr sämtliche Verschuldensmerkmale gegeben sind. Das geht eindeutig aus der negativen Fassung der selbständig normierten §§ 827, 828 BGB. hervor, die nach § 276 Abs. I Satz 3 BGB. auf die — nicht rechtsgeschäftlichen — schuldhaften Handlungen im Vertragsrecht entsprechend anwendbar sind [1]). Die negative Fassung der §§ 827, 828 BGB. zeigt also, daß die Unzurechnungsfähigkeit und nicht die Zurechnungsfähigkeit Gegenstand des Beweises ist. Die Unzurechnungsfähigkeit hat eine selbständige das Verschulden ausschließende Rechtswirkung. Nach dem obersten Beweislastprinzip muß daher derjenige, welcher die Unzurechnungsfähigkeit einwendet, die ja zu seinen Gunsten wirkt und den Ausschluß der sonst eintretenden Haftung begründet, auch seine Unzurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Verletzungshandlung beweisen. Die Berufung auf die Unzurechnungsfähigkeit enthält also das Vorbringen einer rechtshindernden Tatsache, die nach der allgemeinen Regel vom Beklagten zu beweisen ist. Die ganz überwiegende Ansicht in Rechtsprechung [2]) und Literatur [3]) legt denn auch folgerichtig dem Handelnden (Verletzer) bezw. dessen gesetzlichem Vertreter die Beweislast für die behauptete Unzurechnungsfähigkeit auf. Im übrigen folgt die Beweislast des Beklagten (Schuldners) für seine Unzurechnungsfähigkeit hinsichtlich objektiv rechtswidriger Verstöße gegen schuldrechtliche Verpflichtungen schon aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 282, 285 BGB. Die gesetzliche Schuldvermutung,

---

1) So Rosenberg, S. 378, 379.

2) Vgl. z. B. RG.: 51, 30; 74, 145; RG.: 76, 187; 108, 87; RG. Recht: 1909, Nr. 680; 1911, Nr. 2884 = RG. Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 357; JW. 1905, S. 531, Nr. 11; JW. 1906, S. 686 [6]; Seuff. Arch. Bd. 60, S. 186.

3) Beckh, S. 209 ff.; Enneccerus zu § 198, II, 2; Planck, Bd. II zu § 828, S. 998; Brodmann im Arch. Ziv. Prax.: Bd. 98, S. 152; Hellwig, System, Bd. I, S. 475, 478.

welche der Beweislastverteilung der §§ 282, 285 BGB. zugrundeliegt, erstreckt sich notwendig auch auf die Zurechnungsfähigkeit, soweit Verstöße gegen bestehende Verpflichtungen in Betracht kommen. Die Umstände, welche die Unzurechnungsfähigkeit begründen, wie z. B. Trunkenheit, Bewußtlosigkeit, krankhafte Störung der Geistestätigkeit usw. im Augenblick der Verletzungshandlung sind eben solche, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Will er sich von seiner Haftung befreien, so muß er also das Vorliegen dieser Umstände im Bestreitungsfalle nachweisen. Den Schuldner trifft also bei der positiven Forderungsverletzung sowohl die Beweislast für seine Schuldlosigkeit wie auch die Beweislast für seine Unzurechnungsfähigkeit. Beckh[4]) begründet diese Ansicht damit, daß im Zivilrecht das Rechtsbewußtsein stets auf Seiten des Geschädigten sei und daher teilweise auch bei nur wahrscheinlicher Schuld eine Haftung fordere. Eine solche Auffassung läuft letzten Endes auf eine allgemeine Vermutung der Zurechnungsfähigkeit und des Verschuldens heraus, die in dieser Allgemeinheit für das Verschulden jedenfalls nicht anzuerkennen ist; denn im Deliktsrecht wird ein Verschulden des Verletzers nicht allgemein vom Gesetz vermutet. Nur in vereinzelten Ausnahmefällen trifft dies zu, so in den §§ 831, 832, 833 Satz 2, 834, 836 bis 838 BGB. Für die vorliegend vertretene Ansicht, die dem Schuldner (Beklagten) den Beweis seiner Schuldlosigkeit und Unzurechnungsfähigkeit auferlegt, entsteht, soweit es sich um die Haftung aus Erfüllungsverstößen handelt, nicht der Zwiespalt zwischen der Beweislast in Ansehung des Verschuldens und hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit. Bei der Haftung für deliktische Verstöße läßt sich nun allerdings die mißliche Trennung zwischen Beweislast in Ansehung des Verschuldens und Beweislast hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit nicht verhindern; denn hier ist der Kläger (Geschädigte) für das Verschulden des Beklagten (Verletzers) beweispflichtig, während dem Beklagten die Beweislast für seine Unzurechnungsfähigkeit obliegt. Es hieße auch von dem Kläger einen oft ganz unmöglichen Beweis verlangen, wollte man ihm die Beweislast für die Zurechnungsfähigkeit des Beklagten auferlegen. Leonhard[5]), welcher den Gläubiger

4) Beckh, S. 205 ff.

5) Leonhard, S. 384; gleicher Ansicht: v. Liszt: Deliktsobligationen, S. 111; RG.: 61, 239.

(Kläger) in Ansehung der Zurechnungsfähigkeit des unerlaubt Handelnden für beweispflichtig erklärt, hilft hier, wie üblich, mit einer besonderen Anregungslast des Beklagten und einer erleichterten Beweisführung. Leonhard geißelt die entgegengesetzte Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens und der Zurechnungsfähigkeit. Wie will er aber nach der von ihm vertretenen Ansicht das unerfreuliche Ergebnis z. B. in einem Falle der aktiven Unmöglichkeit vermeiden, in welchem er doch dem Schuldner gemäß § 282 BGB. die Beweislast für seine Schuldlosigkeit und dem Gläubiger die Beweislast für die Zurechnungsfähigkeit des Schuldners auferlegen müßte? Die Zurechnungsfähigkeit ist ja auch in aller Regel zu vermuten, gleich, ob es sich um vertragliche oder deliktische Verstöße handelt. Diese starke tatsächliche Vermutung hat der Gesetzgeber der durch Fassung und Stellung der §§ 827, 828 BGB. zum Ausdruck gebrachten Beweislastverteilung zu Lasten des Verletzers zugrundegelegt. Die Stärke der tatsächlichen Vermutung hat den Gesetzgeber veranlaßt, dort, wo eine gesetzliche Schuldvermutung wie im Deliktsrecht keine Geltung hat, das mit zum Begriff des Verschuldens gehörende Merkmal der Zurechnungsfähigkeit aus dem Verschuldensbegriff herauszunehmen und die Beweislast für die Unzurechnungsfähigkeit auch dort dem Beklagten (Verletzer) aufzuerlegen, wo der Verschuldensbeweis an sich dem Kläger obliegt. — Im § 827 BGB. ist übrigens auch eine Verschuldensvermutung enthalten. Hat der Verletzer (Beklagte) sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit versetzt, in welchem er sodann eine unerlaubte Handlung begeht, so wird vermutet, daß er sich schuldhaft in diesen Zustand versetzt hat. Ihn trifft daher die Beweislast dafür, daß er ohne Verschulden in diesen Zustand geraten ist[6]). Diese Beweislastverteilung geht u. a. auch aus der negativen Fassung des letzten Satzes im § 827 BGB. hervor. Auch im Deliktrecht gilt der Grundsatz der Beweislast des Verletzten für ein Verschulden des Schädigers also nicht ausnahmslos. Im Gebiete der Anschlußhaftung folgt die Beweislast des Schuldners dafür, daß er ohne Verschulden in

6) So Rosenberg, S. 396; Weyl, S. 586 ff., 623.

den Zustand der Bewußtlosigkeit geraten ist, unmittelbar aus § 282 BGB.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen können wir kurz dahin zusammenfassen: bei der positiven Forderungsverletzung trägt der Schuldner die Beweislast dafür, daß er sich bei Vornahme der schädigenden Handlung im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit (Deliktsunfähigkeit) befunden hat.

§ 10:

Ergebnis der Untersuchung und rechtspolitische Betrachtung.

Das Ergebnis der Erörterungen über die Beweislastfragen, die bei einer positiven Forderungsverletzung auftreten können, läßt sich kurz, wie folgt, zusammenfassen:

I. Den Gläubiger trifft die Beweislast hinsichtlich des äußeren Tatbestandes der positiven Forderungsverletzung und zwar insbesondere für die Verletzungshandlung, den Eintritt und die Höhe des Schadens, den Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt und für die objektive Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung.

II. Den Schuldner trifft die Beweislast für seine und seines Erfüllungsgehilfen Schuldlosigkeit.

Diese Beweislastregeln gelten sowohl für die positive Forderungsverletzung der Gruppe I a wie für diejenige der Gruppe I b. Die Beweislastregel zu II ist geltendes Recht. Sie beruht auf einer Anwendung des in den §§ 282, 285 BGB. und anderen Bestimmungen des Schuldrechts zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens, daß bei Verletzung bestehender Schuldverpflichtungen, — gleichgültig ob Haupt- oder Nebenpflichten —, ein Verschulden des Schuldners generell vermutet wird [1]). Die Beweislastregel zu I erfährt nur insoweit eine Einschränkung, als bei der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a der § 282 BGB. unmittelbare Anwendung erheischt und der Gläubiger auf Grund der im § 282 BGB. zugleich enthaltenen Kausalitätsvermutung zwischen Handlung und Unmög-

1) Das Verschulden ist bei der positiven Forderungsverletzung also nicht anspruchsbegründende Voraussetzung. Vielmehr wirkt die Nichtschuld infolge der gesetzlichen Schuldvermutung rechtshindernd. Die Behauptungslast hinsichtlich des Verschuldens verbleibt bei dem Gläubiger; vgl. zu letzterem auch Hedemann, S. 293.

lichkeit nicht nachzuweisen braucht, daß ein bestimmtes Tun oder Unterlassen des Schuldners die mangelhafte Erfüllung (qualitative Unmöglichkeit) bedingt hat, die Ursache für die „anderweite" Schädigung des Gläubigers gewesen ist.

Bei der Reform des Schuldrechts[2]) sind gewiß, zumal im besonderen Teil des Schuldrechts, wichtigere Fragen zu behandeln als die von uns erörterten Beweislastfragen bei der positiven Forderungsverletzung. Trotzdem erscheint die gesetzliche Klärung der Streitfrage, wer bei positiver Forderungsverletzung das Verschulden bezw. die Nichtschuld zu beweisen habe, jedenfalls so bedeutsam, daß sie bei einer Reform des Schuldrechts nicht außer acht gelassen werden sollte. Der Gesetzgeber des BGB. hat die Beweislastfrage hinsichtlich des Verschuldensbeweises bei der Unmöglichkeit für so wichtig gehalten, daß er im § 282 BGB. eine ausdrückliche Beweislastregel schuf, von welcher Möglichkeit er im allgemeinen nur recht sparsam Gebrauch gemacht hat. Hätte daher der Gesetzgeber die positiven Forderungsverletzungen einer Regelung unterzogen, so würde er gewiß auch für die positive Forderungsverletzung eine ausdrückliche Beweislastregel oder eine für sämtliche Erfüllungsverstöße einheitliche Beweislastregel aufgestellt haben. Der Einwand des fehlenden Verschuldens ist nun einmal der Haupteinwand des Beklagten in sämtlichen Schadensersatzprozessen. Die Hauptstreitfrage nach der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei positiver Forderungsverletzung, die auch in der Praxis so unerfreuliche Auswirkungen nach sich gezogen hat, muß daher bei einer Reform des Schuldrechts durch eine ausdrückliche Regelung aus der Welt geschafft werden. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, daß zunächst einmal der Begriff der positiven Forderungsverletzung selbst eine gesetzliche Regelung erfährt und ihre Stellung im Rechtssystem der Haftung eindeutig festgelegt wird. Bei der Reform des Schuldrechts dürfte daher das Augenmerk u. a. auch auf folgende Punkte zu lenken sein:

I. Schaffung einer generellen Haftungsnorm für das Gebiet der Haftung für Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen. Ob es notwendig erscheint, diese Haftungsnorm so weit zu fassen, daß auch unerlaubte Handlungen von ihr erfaßt wer-

2) Vgl. Lange: vom alten zum neuen Schuldrecht (Breslau 1934).

den, kann immerhin zweifelhaft erscheinen[3]). Die Natur der deliktischen und außerdeliktischen Verstöße und ihre Rechtsfolgen weisen solche Wesensverschiedenheiten auf, daß eine jede Schadenszufügung schlechthin umfassende Haftungsnorm wohl nicht befürwortet werden kann. Die Schaffung einer generellen Haftungsnorm ist notwendig, weil die einzelnen Störungstatbestände der Obligation wie Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung usw. niemals so vollkommen ausgestaltet werden können, daß sie sämtliche Verletzungsmöglichkeiten zu erfassen vermöchten. „Die Kombinationskunst des Lebens ist" — um ein Wort Jherings zu gebrauchen, — „so unerschöpflich, daß die reichste Kasuistik eines Gesetzbuches ihren neuen Fällen gegenüber dürftig erscheinen würde"[4]). Unter welchen Störungstatbestand soll man z. B. den Fall bringen, der der Gegenstand einer Entscheidung des OLG. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 56, Nr. 219, S. 392 gewesen ist, wo der Schuldner (Beförderungsunternehmen) durch unverschuldete Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit worden war, er es jedoch unterließ, den Gläubiger von der eingetretenen Unmöglichkeit in Kenntnis zu setzen? Die Entscheidung hat den Schuldner mit Recht in Ansehung des Schadens, der durch die nicht rechtzeitige Mitteilung von dem Eintritt der Unmöglichkeit dem Gläubiger entstanden ist, für ersatzpflichtig erklärt. Auch nach erbrachter Erfüllung oder dem nicht zu vertretenden Fehlschlagen der Erfüllung, ja sogar dann, wenn das Vertragsverhältnis infolge dieses unverschuldeten Fehlschlagens in sich zusammengefallen ist (§ 323 BGB.), besteht eben eine — vertragliche — Treuepflicht, den anderen Teil vor Schaden tunlichst zu bewahren. Die Verletzung einer solchen Treuepflicht kommt daher dem Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung noch am nächsten[5]). Ebenso wie die speziellen Störungstatbestände der Obligation nicht eine generelle Haftungsnorm überflüssig machen, verdrängt auch die generelle Haftungsnorm nicht die einzelnen Störungstatbestände. — Die generelle Haftungsnorm könnte lediglich eine

3) Vgl. Lange, S. 20, der für eine sowohl die außerdeliktischen wie die deliktischen Verstöße umfassende Haftungsnorm eintritt. Vgl. auch Art. 41 Abs. I Schweiz. Obl. R.; § 1296 ABGB; Art. 1382/3 Code Civil.

4) So Jhering, Geist des Römischen Rechts, I, S. 40.

5) Das Gegenstück bildet die culpa in contrahendo, bei der vorvertragliche Pflichten verletzt werden.

Schadensersatzpflicht festlegen. Die Wirkungen eines Erfüllungsverstoßes im gegenseitigen Vertrag, die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechtes, eines Unterlassungsanspruches usw. würden einer besonderen Regelung bedürfen. Kein fortentwickeltes Recht kann daher neben einer generellen Haftungsnorm der einzelnen Störungstatbestände entbehren. Auch die einzelnen Störungstatbestände sind zu verschieden, als daß sie nur einheitliche Rechtswirkungen auszulösen vermögen. Einzelne Typen von Rechtsgeschäften und Verträgen erfordern wieder neben den allgemeinen Störungstatbeständen die Normierung besonderer Rechtsfolgen[6]). Daß es dem BGB. gelungen wäre, die für die einzelnen Schuldverhältnisse geltenden Bestimmungen über Haftung mit den allgemeinen Bestimmungen über die Störungstatbestände und ihre Rechtsfolgen in Einklang zu bringen, kann leider nicht behauptet werden[7]).

II. Zugrundelegung eines neuen Haftungssystems im Schuldrecht. Zweckmäßig ist zunächst die Unterteilung der Verstöße gegen bestehende Verpflichtungen in Verstöße gegen

a.) die negativen Verpflichtungen oder Unterlassungsverpflichtungen,

b.) die positiven Leistungspflichten.

Wie schon die Ausführungen im § 3 erkennen lassen, weisen die Unterlassungsverbindlichkeiten mannigfaltige Besonderheiten gegenüber den positiven Leistungsverpflichtungen auf, so daß sich eine einheitliche Regelung nicht empfiehlt[8]). So trifft z. B. bei den Unterlassungspflichten die Beweislast für die Nichterfüllung in allen Fällen den Gläubiger. (§§ 345, 358 BGB.). Inwieweit nach geltendem Recht die für die Verletzung positiver Leistungspflichten aufgestellten Bestimmungen nicht auf die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten anwendbar sind, bedarf hier keiner näheren Untersuchung. Die Anwendung des § 282 BGB. auf die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten kann man jedenfalls nicht mit der formaljuristischen Begründung verneinen, daß die Erfüllung von Unterlassungspflichten nicht unter § 325 BGB. falle und deshalb auch § 282 BGB. nicht angewendet werden könne[9]); denn die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten lassen sich nach

6) Für Dauerschuldverhältnisse dürfte eine Sonderregelung am Platze sein.

7) Vgl. Lange, S. 31, 32.

8) Vgl. Schöller in Gruch. Beitr.: Bd. 46, S. 26.

geltendem Recht unschwer als Erfüllungsverstöße auffassen, die einer Nichterfüllung und insbesondere einer Unmöglichkeit der Leistung gleichkommen [10]). Der § 282 BGB. dürfte daher zumindest entsprechend anwendbar und dem zuwiderhandelnden Schuldner die Beweislast dafür aufzuerlegen sein, daß die Zuwiderhandlung von ihm nicht zu vertreten ist.

Hinsichtlich der Verletzungen der positiven Leistungspflicht sind bei einer Reform des Schuldrechts die folgenden Störungstatbestände näher zu regeln:

1.) Unmöglichkeit der Leistung,
2.) Verzug,
3.) positive Forderungsverletzung,
4.) schuldhafte Schlechterfüllung,
5.) Erschütterung oder Zerstörung der Vertrauensgrundlage des Schuldverhältnisses. (Gefährdung des Vertragszweckes) [11]).

Daß bei einer Reform des Schuldrechts an dem Grundsatz der Verschuldenshaftung festzuhalten ist, — jedenfalls, soweit es sich um die Haftung für Verstöße gegen bestehende Schuldverbindlichkeiten handelt, — dürfte kaum zweifelhaft erscheinen können, was einer Ausgestaltung der Gewährleistungshaftung naturgemäß nicht im Wege steht. Bei sämtlichen Verletzungstatbeständen ist zum Ausdruck zu bringen, daß es für die Rechtsfolgen gleichgültig ist, ob die Verletzung der Obligation auf eine Handlung oder eine Unterlassung des Schuldners zurückzuführen ist. Der Begriff der Unmöglichkeit ist zweckmäßig so zu fassen, daß die Fälle der schuldhaften Schlechterfüllung von ihm nicht erfaßt werden. Nach geltendem Recht sind diese Fälle der Schlechterfüllung, d. h. die Fälle der schuldhaft mangelhaften Leistung, in welchen ein über das Erfüllungsinteresse hinausgehender Schaden nicht eintritt, als teilweise Nichterfüllung, und zwar als teilweise qualitative Unmöglichkeit aufzufassen. Dieser letztere Begriff ist so wenig lebensnah und allgemeinverständlich, daß er unbedingt aufzugeben ist. Wenn ein Schuldner eine mangelhafte Leistung erbracht hat und er diese Mangelhaftigkeit zu vertreten hat, so wird kein Laie sagen, daß

9) So RG.: 54, 101.

10) Wenn auch keineswegs sämtliche Bestimmungen über Nichterfüllung ohne weiteres anwendbar sind; vgl. S. 68, 69 der Arbeit.

11) Die das RG. ja auch als positive Vertragsverletzung ansieht: RG.: 140, 384, 385.

dem Schuldner die ordnungsmäßige Leistung teilweise unmöglich geworden sei. Vielmehr wird man hier ganz einfach von einer schlechten Erfüllung sprechen. Rechtssystematisch sind die gänzliche oder teilweise Nichtleistung und die fehlerhafte und schlechte Leistung also zu trennen. Zu erwägen ist aber weiter auch, ob man nicht ganz auf den Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit verzichten und ihn durch den Begriff der Nichterfüllung ersetzen soll. Wenn man nun aber die schuldhafte Schlechterfüllung besonders ausgestalten will, so wird es angebracht erscheinen, die Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I a, in welchen durch die schlechte Erfüllung ein weiterer, das Erfüllungsinteresse übersteigender Schaden verursacht wird, auch als Schlechterfüllung zu behandeln und festzulegen, daß der Gläubiger in solchen Fällen auch den das Erfüllungsinteresse übersteigenden Schaden ersetzt verlangen kann. Als Fälle der positiven Forderungsverletzung, der sog. Schmälerung der Erfüllung, würden dann nur die Fälle der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b übrig bleiben [12]). Als Störungstatbestände würden also in Betracht kommen: Nichtleistung, nicht rechtzeitige Leistung, Schmälerung der Erfüllungsleistung, Schlechtleistung und Zerstörung der Vertrauensgrundlage. Unter den letzteren Begriff würden alle diejenigen Verstöße fallen, die den Vertragszweck ernstlich gefährden wie z. B. die ernsthafte Erfüllungsweigerung. Als Rechtsfolge könnte hier nur ein Rücktrittsrecht in Frage kommen [13]).

III. Ausdrückliche gesetzliche Regelung der positiven Forderungsverletzung. Weniger wichtig ist es, ob man den Begriff der positiven Forderungsverletzung auf die Fälle beschränkt, in welchen durch die Art der Vornahme der Erfüllungshandlung bei der für sich fehlerfreien Leistung ein Schaden zugefügt wird, oder ob man ihn auch auf die Fälle erstreckt, in welchen durch die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes der „anderweite“ Schaden verursacht wird. Die Hauptsache ist, daß überhaupt eine Regelung erfolgt.

IV. Schaffung einer ausdrücklichen Beweislastregel für sämtliche Störungstatbestände, wonach der Schuldner die Be-

12) Freitag, a. a. O., bezeichnet diese Fälle als „Schlechterbringung“.

13) Diese Verstöße werden vornehmlich bei den Dauerschuldverhältnissen Bedeutung erlangen.

weislast dafür trägt, daß die Verletzung der Obligation weder von ihm noch von seinem Erfüllungsgehilfen zu vertreten ist. Diese Beweislastregel, die auch in die Gestalt einer gesetzlichen Schuldvermutung gekleidet werden könnte, müßte also auch für die Fälle der ernsthaften Erfüllungsweigerung usw. Geltung haben. Zweifelhaft kann es sein, ob man die gleiche Beweislastverteilung in Ansehung des Verschuldens auch bei der culpa in contrahendo befürworten soll, da in den Fällen der culpa in contrahendo keine schuldrechtliche Bindung verletzt wird. Trotzdem wird man auch in diesen Fällen dem Schädiger die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen müssen, da er nicht allgemeine, sondern gerade dem Vertragspartner gegenüber bestehende, im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsschluß erhöhte Treuepflichten verletzt, die mit Rücksicht auf das abzuschließende Rechtsgeschäft einen ganz konkreten Inhalt erhalten [14]). Allgemein erklärt man übrigens neuerlich auch den § 278 BGB. auf das Verschulden beim Vertragsschluß für anwendbar [15]). Rechtssystematisch wird die culpa in contrahendo im Zusammenhang mit den Bestimmungen zu behandeln sein, welche sich auf das Zustandekommen eines Vertrages beziehen.

Die allgemeine für sämtliche Erfüllungsverstöße aufzustellende Beweislastregel, die den Schuldner mit dem Beweise seiner Schuldlosigkeit belastet, dient, wie ausgeführt, dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit [16]). Von vielen Seiten wird es schon als Ungerechtigkeit bezeichnet, dem Geschädigten bei einer unerlaubten Handlung noch den Schuldbeweis aufzubürden [17]). Diese Kritik an der Beweislastverteilung erscheint nicht gerechtfertigt. Da, wo keine bestehende schuldrechtliche Bindung verletzt wird, ist bei objektiv rechtswidriger Schadenszufügung keineswegs regelmäßig ein Verschulden des Schädigers zu vermuten. Würde man dem auf Grund einer unerlaubten Handlung in Anspruch Genommenen die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen, so würde sich dies als eine viel zu starke

---

14) Leonhard will für das geltende Recht bei der culpa in contrahendo dem Verletzten die Beweislast für das Verschulden des Beklagten (Verletzers) auferlegen; (Leonhard, S. 337; ebenso auch Steinberg, S. 130, 131; RG.: 93, 166 wendet den § 694 BGB. analog auch auf den Frachtvertrag an.

15) Vgl. Enneccerus zu § 266, III, Anm. 5.

16) Vgl. S. 150, 151 der Arbeit.

17) Schreuer, Deutsches Privatrecht, (1921), S. 257.

Belastung für ihn darstellen, da er zunächst ohne weiteres wegen jedes nur ursächlichen Verhaltens in Anspruch genommen werden könnte. Der Entlastungsbeweis würde sich hier auch deswegen schwieriger gestalten, weil er nicht einfach durch den Nachweis der ordnungsmäßigen Erfüllung ganz bestimmter Pflichten geführt werden kann. Eine Beweislastregelung, die dem unerlaubt Handelnden die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegt, kann daher nicht befürwortet werden. Sie würde eine zu starke Abschwächung des Prinzips der Verschuldenshaftung im Gefolge haben. Durch die Regeln vom Prima-facie-Beweis, die den Geschädigten in vielen Fällen vorerst einer besonderen Beweisführung für ein Verschulden des Schädigers entheben, ist der Geschädigte in weitgehendem Maße vor den nachteiligen Folgen der ihm obliegenden Beweislast für das Verschulden des Schädigers geschützt. — Eine Beweislastregelung, die dem Schuldner bei Verletzung bestehender Verpflichtungen den Beweis seiner Nichtschuld auferlegt, wird vor allem auch den Schuldner von vorneherein zur möglichst sorgfältigen Bewirkung der Leistung anhalten. Diese Präventivwirkung, die sich erklärlicherweise vornehmlich da auswirken muß, wo ganz bestimmte Pflichten zu erfüllen sind, und die demgemäß im Deliktsrecht, wenn man hier dem Schädiger die Beweislast für seine Nichtschuld auferlegen würde, kaum eine Bedeutung gewinnen würde, würde allein schon genügen, um die Beweislastverteilung zu Lasten des Schuldners im Gebiete der Anschlußhaftung der umgekehrten Beweislastregelung vorzuziehen. Der Schuldner, der weiß, daß er sich bei nicht ordnungsmäßiger Erfüllung zu entlasten hat, wird sich im allgemeinen bei der Erfüllung größtmöglicher Sorgfalt befleißigen.

Durch die ausdrückliche Beweislastregel wird zweckmäßig nicht nur die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens, sondern zugleich auch die Beweislast hinsichtlich der äußeren Verletzungshandlung geregelt. Die Beweislast für den Störungstatbestand, die Schlechterfüllung, die nicht rechtzeitige Erfüllung, die positive Forderungsverletzung usw. muß der Gläubiger tragen. Auch der Satz, daß der Schuldner für die Erfüllung seiner Verpflichtung beweispflichtig ist, ändert nichts an der Beweislast des Gläubigers für den äußeren Störungstatbestand der Obligation. Die nicht gehörige Erfüllung muß

durch den Gläubiger, der Rechtsfolgen aus ihr herleitet, positiv nachgewiesen werden. Der Gläubiger ist daher insoweit beweispflichtig [18]). Die in jedem Falle von dem Schuldner zu beweisende Erfüllung ist eben, wie ausgeführt, ein völlig anderes Beweisthema als die Nichterfüllung und die Schlechterfüllung als Voraussetzung einer besonderen Haftung.

Der § 282 BGB. gibt, wie dargetan, auch eine Beweislastregel für den Fall, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung oder Unterlassung des Schuldners und der Unmöglichkeit der Leistung streitig ist. Der ursächliche Zusammenhang wird vermutet. Diese Kausalitätsvermutung wird zweckmäßig nicht mit zum Inhalt der vorgeschlagenen allgemeinen Beweislastregel erhoben. Die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt muß in vollem Umfange der Schadensersatz begehrende Gläubiger tragen. Erst bei feststehendem Verletzungstatbestand und bei festgestelltem Kausalzusammenhang greift die Verschuldensvermutung ein. Für eine Vermutung des Kausalzusammenhangs, die auch nur bei der Unmöglichkeit in Betracht kommen könnte, ist bei einer solchen Auffassung kein Platz. Bei den übrigen Störungstatbeständen wie z. B. bei der nicht rechtzeitigen Leistung und der positiven Forderungsverletzung der Gruppe I b ist zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt kein farbloser und zwiespältiger Begriff wie der der Unmöglichkeit eingeschaltet. Die nicht rechtzeitige Leistung ist bereits selbst Verletzung der Obligation durch den Schuldner. Die Unmöglichkeit hingegen ist für sich noch keine objektive Verletzung der Obligation. Es bedarf noch des Nachweises, daß der Schuldner die Unmöglichkeit durch eine Handlung oder Unterlassung verursacht und dadurch die Obligation verletzt hat. Wenn auch in vielen Fällen aus der feststehenden Unmöglichkeit auf die Verursachung geschlossen werden kann und der Gläubiger sich nicht selten hinsichtlich der näheren Ursachen der Unmöglichkeit in einer Beweisnotstandslage befinden wird, so kann trotzdem eine Beweislastverteilung, die dem Schuldner die Beweislast dafür auferlegt, daß er die Unmöglichkeit nicht verursacht hat, nicht befürwortet werden. Die nachteiligen Folgen der Beweislast des Gläubigers werden auch

18) Vgl. z. B. auch RG. in JW. 1936, S. 2912 [5].

hier im allgemeinen durch die Regeln vom Beweise des ersten Anscheins und durch Berücksichtigung des Beweisnotstandes bei der Beweiswürdigung ausgeglichen. Ein nicht zu unterschätzender Vorteil dieser Beweislastverteilung, die dem Gläubiger hinsichtlich des äußeren Verletzungstatbestandes bei sämtlichen Störungsformen der Obligation für beweispflichtig erklärt, ist es, daß die Praxis in vielen Fällen der schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen Unmöglichkeit und anderen Störungstatbeständen enthoben wird. Vorausgesetzt, daß man die Unmöglichkeit überhaupt als Störungstatbestand beibehalten will, dürfte es angebracht erscheinen, auch bei der Unmöglichkeit die Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Handlung oder Unterlassung des Schuldners dem Gläubiger aufzuerlegen. Die klare Trennung zwischen der Beweislast in Ansehung der Verursachung und des Verschuldens und die ausnahmslose Geltung unserer so einfachen Beweislastregel für alle Störungstatbestände „äußerer Tatbestand einschließlich des Ursachenzusammenhanges und der objektiven Rechtswidrigkeit steht zur Beweislast des Gläubigers, das Nichtvorliegen eines Verschuldens zur Beweislast des Schuldners“ wird in vollkommenem Maße die auf dem Gebiete der Verschuldenshaftung für Verstöße gegen bestehende Schuldverpflichtungen besonders erstrebenswerte Rechtssicherheit gewährleisten. Die allgemeine Beweislastregel könnte etwa folgendermaßen lauten:

„Erfüllt der Schuldner eine ihm kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes obliegende Verpflichtung nicht oder nicht gehörig oder nicht in der gebotenen Art und Weise [19]), so trägt er die Beweislast dafür, daß ihn oder seine Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Verletzung der Leistungspflicht keinerlei Verschulden trifft. — Die Beweislast für die Nichterfüllung und die nicht gehörige Erfüllung als solche trifft den Gläubiger, sofern dieser die besonderen Rechtsfolgen aus der Verletzung der Leistungspflicht geltendmacht“ [20]).

Als Vorbild könnte unter Umständen auch der art. 110 des schweizerischen Obligationenrechts dienen, der lautet:

19) Es folgt hier ein Verweis auf die einzelnen Störungstatbestände der Obligation.

20) Vgl. auch die von Wohlfahrt in Gruch. Beitr. Bd. 73, S. 541 ff. vorgeschlagene Beweislastregel: S. 171 der Arbeit.

„Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner Ersatz des gesamten hieraus entspringenden Schadens zu leisten, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt“ [21]).

Die vorstehende Bestimmung, die bei ausdehnender Auslegung auch die Fälle der positiven Forderungsverletzung mitumfaßt, ist also zugleich generelle Haftungsnorm und allgemeine Beweislastregel.

Eine Beschränkung der Beweislastregel auf die Verschuldensform der Fahrlässigkeit dergestalt, daß der Gläubiger also für vorsätzliches und gegebenenfalls auch für grob fahrlässiges Handeln die Beweislast zu tragen hätte, während der Schuldner allein nachzuweisen hätte, daß ihn keine (leichte) Fahrlässigkeit trifft, würde nur zu neuen Komplikationen führen. Eine solche Beschränkung der Verschuldensvermutung auf die Fahrlässigkeit kann selbst dann nicht befürwortet werden, wenn der Reformgesetzgeber allgemein den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes von dem Grad des Verschuldens abhängig machen würde [22]). Die objektive Verletzung der schuldrechtlichen Bindung löst eine allgemeine Entlastungspflicht des Schuldners aus, die sich auf alle Verschuldensformen erstreckt.

Bei der Reform des Schuldrechts wird man sich auch mit der Frage der Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen zu befassen haben. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es durch nichts gerechtfertigt ist, dem auf Grund einer Verletzung von Vertragspflichten durch den Schuldner an Körper und Gesundheit geschädigten Gläubiger

---

21) Ähnlich die Bestimmung des § 731 Sächs. BGB.; auf eine rechtsvergleichende Darstellung des Beweislastproblemes hinsichtlich des Verschuldensnachweises im Gebiete der Anschlußhaftung und insbesondere bei der positiven Forderungsverletzung muß als über den Rahmen der Arbeit hinausgehend verzichtet werden, zumal auch den meisten romanischen Rechten und ebenso auch dem anglo-amerikanischen Rechtskreis die Lehre von der positiven Forderungsverletzung unbekannt ist, (vgl. Stoll, a. a. O., S. 318) und zwar teilweise deswegen, weil generelle Haftungsnormen bestehen. Ausdrückliche Beweislastsätze hinsichtlich des Verschuldensnachweises finden sich in den ausländischen Rechten nur selten; vgl. auch Art. 1147, 1148, 1302, 1315, 1382, 1383 Code civil; §§ 1295, 1296, 1298 ABGB., Art. 145 Abs. I Schweiz. Oblig. Recht.

22) Wie z. B. in § 430 Abs. III HGB. und im § 47 Abs. II Pat. Ges. (neue Fassung); vgl. Baur, S. 43—51; Lange, S. 32, 33.

den Anspruch auf ein Schmerzensgeld aus dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung zu versagen. Bei einer Neugestaltung des Schuldrechts wird darauf zu achten sein, daß der durch den Vertragsgegner durch eine Forderungsverletzung Geschädigte nicht schlechter gestellt wird als der durch eine unerlaubte Handlung Betroffene. Dann wird die Anspruchskonkurrenz zwischen deliktischen und vertraglichen Schadensersatzansprüchen mit den sich aus ihr ergebenden Zweifelsfragen auch hinsichtlich der Beweislastverteilung ohnehin jede praktische Bedeutung verlieren.

Im Zuge der neuen Rechtsentwicklung wird man der allgemeinen Treuepflicht des Schuldners [23]) und den aus ihr entspringenden unselbständigen Nebenpflichten eine besondere Beachtung schenken und an sie erhöhte Anforderungen stellen, wie man überhaupt das Augenmerk mehr auf die im geltenden Recht so stiefmütterlich behandelten Nebenpflichten jeglicher Art zu lenken haben wird [24]). — Die Verstöße gegen Nebenpflichten erfolgen vom Standpunkt der Hauptleistungspflicht aus gesehen meist bei Erfüllung der Hauptleistungspflicht, worin mit ein Grund dafür zu erblicken ist, daß die herrschende Lehre alle Verstöße gegen Nebenpflichten als positive Forderungsverletzungen behandelt. — Den erhöhten Anforderungen an die Treuepflicht des Schuldners entspricht es aber auch, den Schuldner die Gefahr der Ungewißheit über das Vorliegen eines Verschuldens tragen zu lassen, der seine Pflichten objektiv verletzt hat. Erhöhte Treuepflicht, erleichterter Eintritt der Haftung, dahin geht die Rechtsentwicklung, der nur die vorgeschlagene Beweislastregelung gerecht wird, die dem Schuldner die Beweislast für seine Schuldlosigkeit auferlegt.

Die Reform des Verfahrensrechtes wird die Grundlagen unseres Prozeßrechtes keinesfalls so weitgehend umgestalten, daß die Bedeutung der Beweislastfragen dadurch wesentlich beeinträchtigt werden könnte. Mag man dem Richter im Rahmen der Verhandlungsmaxime größere Freiheit bei der Erforschung des wahren Sachverhaltes geben, von dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime wird man schon im Interesse

---

23) Ebenso auch der Treuepflicht des Gläubigers.

24) Himmelschein, S. 294 und Stoll, S. 277 weisen mit Recht darauf hin, daß der Blick der Juristen lange Zeit auf die Hauptleistung konzentriert gewesen ist.

einer beschleunigten und wirksamen Zivilrechtspflege nicht abgehen können. Die Beschleunigung des Verfahrens, die in neuerer Zeit mit als oberstes Ziel hingestellt wird, wird den Beweislastfragen jedenfalls auch in Zukunft eine große Bedeutung sichern. — Daß eine Kodifikation der allgemeinen Beweislastgrundsätze unzweckmäßig erscheint [25]), ist bereits hervorgehoben worden. Nur die allgemeinsten Grundsätze, die zudem noch lebhaft umstritten sind, sind einer Kodifizierung überhaupt zugänglich. Da die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze im Einzelfall oft außerordentliche Schwierigkeiten bereitet und keine unmittelbare Lösung der Beweislastfragen ermöglicht, so würde mit der Kodifizierung in der Tat nicht allzu viel gewonnen sein [26]). Es kann also allein die ausdrückliche Regelung spezieller Beweislastfragen auf bestimmten Rechtsgebieten befürwortet werden, soweit hierfür ein dringendes Bedürfnis besteht. Der Weg, den die Gesetzgeber des BGB. zögernd beschritten haben, indem sie nur einzelne Beweislastfragen ausdrücklich regelten, ist demnach gangbar und muß weiter beschritten werden.

Möge die vorstehende Arbeit demgemäß mit dazu beitragen, zu einer intensiveren Erörterung ganz bestimmter Beweislastfragen anzuregen und insbesondere den im geltenden Recht in den §§ 282, 285 BGB. niedergelegten Grundsatz der Beweislast des Schuldners für seine Nichtschuld — auch bei einer Reform des Schuldrechts — zur Anerkennung und seiner Ausdehnung auf sämtliche Verstöße gegen bestehende Verpflichtungen einschließlich der positiven Forderungsverletzung zum Siege zu verhelfen.

---

25) So u. a. auch Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28, S. 262; and. Ans. Wach in ZZP. Bd. 29, S. 366 ff. und Litten, S. 308, der die Schaffung eines Reichsgesetzes über die Beweislast anregt.

26) Vgl. S. 24 der Arbeit.

Lebenslauf.

Am 22. November 1908 wurde ich, Hellmut Meißner, zu Dessau als Sohn des Regierungsrats Alfred Meißner und seiner Ehefrau Gertrud geb. Auffermann geboren. In Essen/Ruhr und Dortmund besuchte ich die Schule und legte Ostern 1927 auf dem Bismarck-Realgymnasium zu Dortmund meine Reifeprüfung ab. Anschließend wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Ich studierte auf den Universitäten Freiburg i. Br., München und Kiel. Im März 1931 bestand ich in Kiel meine erste juristische Staatsprüfung. Nach dreijähriger Vorbereitungszeit, während welcher ich an den Gerichten in Dortmund, Kamen und Hamm i. W. tätig war, legte ich am 9. November 1934 in Berlin meine zweite juristische Staatsprüfung ab. In der Folgezeit bin ich als Gerichtsassessor bei verschiedenen Gerichten des Oberlandesgerichtsbezirks Hamm als Hilfsrichter beschäftigt gewesen. Am 26. November 1937 bestand ich in Erlangen das juristische Dr.-Examen mit dem Prädikat „magna cum laude".